

134

Revista Jurídica da PRESIDÊNCIA

Brasília • Volume 24 • Número 134 • Set./Dez. 2022

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência
Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral
Presidência da República

134

Revista Jurídica da
PRESIDÊNCIA

Brasília · Volume 24 · Número 134 · Set./Dez. 2022

Presidente da República

Jair Messias Bolsonaro

Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República

Luiz Eduardo Ramos

Subchefe para Assuntos Jurídicos e

Presidente da Revista Jurídica da Presidência

Renato de Lima França

Subchefe Adjunta para Estudos Jurídicos, Revisão e Consolidação Normativa

Ana Paula Andrade de Melo

Coordenadora-Geral do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência

Fernanda Rodrigues Saldanha de Azevedo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Jurídica da Presidência / Presidência da República. – Vol. 1, n. 1, (maio de 1999)-
– Brasília: Presidência da República, 1999.
v. ; 22,5cm.

Quadrimestral (abr., ago., dez.).

Mensal: maio 1999 - maio 2005; bimestral: jun. 2005 - fev. 2008.

Titulos anteriores: Revista Jurídica Virtual (1999-2005); Revista Jurídica (2005-2009).

ISSN 1518-8876 (até abr. 2005). – ISSN 1808-2807 (até fev. 2011).

ISSN 2236-3645 (a partir de mar. 2011/*online*).

1. Direito-Periódico. I. Brasil. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Subchefia Adjunta para Estudos Jurídicos, Revisão e Consolidação Normativa. Centro de Estudos Jurídicos da Presidência.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Subchefia Adjunta para Estudos Jurídicos, Revisão e Consolidação Normativa

Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, Praça dos Três Poderes, Palácio do Planalto,
Anexo II, Térreo, Ala A, Sala 100 – CEP 70150-900 – Brasília/DF

Telefone: (61) 3411-2863

E-mail: revista@presidencia.gov.br

Site: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br>

Instagram: @cej.saj_oficial

Revista Jurídica da Presidência

É uma publicação quadrimestral do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência voltada à divulgação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos independentes sobre a atuação do Poder Público, em todas as áreas do Direito, com o objetivo de fornecer subsídios para reflexões sobre a legislação nacional e as políticas públicas desenvolvidas na esfera federal.

It's a journal of the Centro de Estudos Jurídicos da Presidência published every four months dedicated to promoting unpublished scientific papers resulting from independent researches and studies on the participation of the government in all areas of the Law, with the purpose of providing the basis for reflection on the national legislation and public policies developed within the federal sphere.

Equipe RJP

Conselho de Editoração

Ana Paula Andrade de Melo

Fernanda Rodrigues Saldanha de Azevedo

Equipe Técnica

Ayla Christina Alves dos Santos

Gestão de artigos, revisão de texto, de idiomas e de diagramação

Daniela Bohn Hamilton Tomczyk

Revisão de texto, de idiomas e de diagramação

Filipe do Nascimento Pires

Capa e diagramação

Karina Gomes Mansur Costa

Revisão de texto e de diagramação

Arte da Capa

Vista lateral das pilastras e das colunas da entrada do Palácio do Planalto.

Foto da Capa

Helena Dalbone Freire

Estagiários

Ana Beatriz Domingos Mendes

Giulia Martins Pinnola

Letícia Magalhães Antero

Mariana Rocha Cavalcante

Marina Araque Correia Mansur

Pedro Paulo E. Rodrigues

Conselho Editorial

Alessandra Silveira

PORTUGAL – Braga

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professora Associada e Diretora do Mestrado em Direito da União Europeia da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho).

André Luiz de Almeida Mendonça

BRASIL – Brasília/DF

Doutor em *Estado de Derecho y Gobernanza Global* pela Universidade de Salamanca (USAL). Professor Visitante da Universidade de Stetson (EUA), da Universidade de Salamanca (USAL) e da Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP).

Araken de Assis

BRASIL – Porto Alegre/RS

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Titular (aposentado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor Emérito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

Cristiano Celone

ITÁLIA – Palermo

Doutor em Direito Administrativo pela *Università degli Studi di Palermo* (Unipa). Professor Associado da *Università degli Studi di Palermo* (Unipa).

Edilson Pereira Nobre Júnior

BRASIL – Recife/PE

Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Fernanda Tartuce Silva

BRASIL – São Paulo/SP

Doutora em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Mestrado e Coordenadora em Cursos de Especialização da Escola Paulista de Direito (EPD).

Gilmar Ferreira Mendes

BRASIL – Brasília/DF

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Münster (Alemanha). Professor Visitante da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor Permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Humberto Fernandes de Moura

BRASIL – Brasília/DF

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Professor de Direito (licenciado) do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Ives Gandra da Silva Martins

BRASIL – São Paulo/SP

Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Professor Emérito da Universidade Mackenzie de São Paulo.

João Maurício Leitão Adeodato

BRASIL – Vitória/ES

Pós-Doutor em Filosofia Jurídica pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutor em Filosofia Jurídica pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Colaborador da Escola Paulista de Direito e do *LL.M. Legal Theory* da Universidade de Frankfurt (USP). Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho (FDV e UNINOVE). Pesquisador do CNPq.

José Claudio Monteiro de Brito Filho

BRASIL – Belém/PA

Pós-Doutor pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA).

Lorenzo Mateo Bujosa Vadell

ESPAÑA – Salamanca

Doutor em Direito da Universidade de Salamanca (USAL). Professor de Direito da Universidade de Salamanca (USAL).

Luís Roberto Barroso

BRASIL – Rio de Janeiro/RJ

Pós-Doutor pela Universidade de Harvard (EUA). Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Maria Caterina Baruffi

ITÁLIA – Verona

Doutora em Direito da Comunidade Europeia pela Universidade de Bolonha (Itália). Professora de Direito (licenciada) da *Università degli Studi di Pavia* e Professora Titular de Direito Internacional da *Università degli Studi di Verona* (Itália).

Ricardo Sebastián Piana

ARGENTINA – La Plata

Doutor em Ciência Política pela *Universidad del Salvador* e em Ciência Jurídica pela *Universidad Nacional de La Plata* (Argentina). Professor Titular da *Universidad del Salvador* e da *Universidad Católica de La Plata* (Argentina).

Richard Albert

EUA – Texas

Doutor em Direito pela Universidade de Yale (EUA). Professor de Direito da Universidade do Texas (EUA). Professor Visitante da Universidade de Ottawa (Canadá).

Rogério Greco

BRASIL – Belo Horizonte/MG

Doutor em Direitos Humanos e Justiça Penal pela Universidade de Burgos (Espanha). Professor da Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais (FESMPMG).

Appropriate articles are abstracted/indexed in:

BBD – Bibliografia Brasileira de Direito / Rede RVBI

Google Scholar

Cariniana – Rede Brasileira de Serviços de Preservação Digital

Latindex – Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Ulrichsweb – Global Serials Directory

Colaboradores da Edição 134

Conselho de Pareceristas *ad hoc*

Alessandra de La Vega Miranda – Prof.^a Dr.^a no Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil

André Ribeiro Giamberardino – Prof. Dr. na Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha – Prof. Dr. na Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Carlos Eduardo Malinowski – Prof. Dr. na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, MS, Brasil

Cláudia Luiz Lourenço – Prof.^a Dr.^a na Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil

Edimur Ferreira de Faria – Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica, MG, Brasil

Federico Nunes de Matos – Prof. Dr. na Universidade Federal de Ouro Preto, MG, Brasil

Francielle Vieira Oliveira – Prof.^a Dr.^a na Estácio de Sá, DF, Brasil

Grace Ladeira Garbaccio – Prof.^a Dr.^a no Instituto Brasiliense de Direito Público, DF, Brasil

João Maurício Leitão Adeodato – Prof. Dr. na Universidade Federal do Pernambuco, PE, Brasil

Jonabio Barbosa dos Santos – Prof. Dr. na Universidade Federal da Paraíba, PB, Brasil

José Cláudio Monteiro de Brito Filho – Prof. Dr. na Universidade Federal do Pará, PA, Brasil

José Heder Benatti – Prof. Dr. na Universidade Federal do Pará, PA, Brasil

Marcelo Fernando Borsio – Prof. Dr. no Centro Universitário do Distrito Federal, DF, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli – Prof.^a Dr.^a na Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil

Mateus de Oliveira Fornasier – Prof. Dr. na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, RS, Brasil

Neuro José Zambam – Prof. Dr. no Instituto Meridional de Educação e Pesquisa, RS, Brasil

Regina Célia Martinez – Prof.^a Dr.^a no Centro Universitário de Jales, SP, Brasil

Tanise Zago Thomasi – Prof.^a Dr.^a na Universidade Tiradentes, SE, Brasil

Thiago de Mello Azevedo Guilherme – Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil

Valter Foletto Santin – Prof. Dr. na Universidade Estadual do Norte do Paraná, PR, Brasil

Vladimir Passos de Freitas – Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR, Brasil

Autor Convidado

Naiara Posenato

ITÁLIA – Milão

Doutora em Direito Internacional e da União Europeia pela *Università degli Studi di Roma La Sapienza* (Itália). Mestre pela *Università degli Studi di Padova* (Itália). Professora de Direito Comparado na *Università degli Studi di Milano* (Itália).

E-mail: naiara.posenato@unimi.it

Autor de Artigo em Língua Estrangeira

Alessandro Aveni

ITÁLIA – Milão; BRASIL – Brasília/DF

Doutor em Ciências Políticas pela *Università Statale de Milano* e em Administração pela *Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano* (Itália). Mestre em Geografia pela Universidade de Brasília (UnB). Professor visitante pela Universidade de Brasília (UnB). Consultor do Governo da Itália, no *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), na *Regione Molise*.

E-mail: alessandro@unb.br

Autores

Ana Clarissa Masuko

BRASIL – Brasília/DF

Pós-doutoranda pela Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EPPG-DF). Pós-Doutora em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EPPG-DF).

E-mail: anaclarissa3@hotmail.com

Caio Sperandéo de Macedo

BRASIL – São Paulo/SP

Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito da Sociedade da Informação da Pós-Graduação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU/SP).

E-mail: caio.csm@terra.com.br

Carlos Eduardo Malinowski

BRASIL – Naviraí/MS

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

E-mail: carlos_em@uems.br

Federica Grandi

ITÁLIA – Roma

Doutora pela *Università degli Studi di Roma La Sapienza* (Itália). Professora da Universidade de Roma *La Sapienza* (Itália).

E-mail: federica.grandi@uniroma1.it

Fernando Moreira Freitas da Silva

BRASIL – Campo Grande/MS

Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor na pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

E-mail: fernandomoreira2103@gmail.com

Hendrick Pinheiro

BRASIL – Rio de Janeiro/RJ

Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

E-mail: hen_drick@hotmail.com

Jânia Maria Lopes Saldanha

COLÔMBIA – Manizales; BRASIL – São Leopoldo/RS

Pós-Doutora pelo Institut des Hautes Études sur la Justice (França). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e da Universidad Católica de Manizales (Colômbia).

E-mail: janiasaldanha@gmail.com

Lincoln Simões Fontenele

ALEMANHA – Bielefeld

Doutorando em Sociologia pela Universidade de *Bielefeld* (Alemanha). Mestre em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

E-mail: lincoln.simoes@hotmail.com

Marcos Aurélio Pereira Valadão

BRASIL – Brasília/DF

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela *Southern Methodist University* (EUA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas (FGV EPPG-DF).

E-mail: profvaladiao@yahoo.com.br

Maria Vital da Rocha

BRASIL – Fortaleza/CE

Pós-doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). *Perfezionamento* em Direito Romano pela Universidade de Roma *La Sapienza* (Itália). Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal do Ceará (UFC).

E-mail: mavital@secrel.com.br

Rafaela da Cruz Mello

BRASIL – Santa Maria/RS

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

E-mail: rafaelacruzmello@gmail.com

Nelson Johane Vilanculos Laita

MOÇAMBIQUE – Tete

Doutorando em Direito Civil pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Mestre em Gestão do Desenvolvimento pela Universidade Católica de Moçambique. Professor de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

E-mail: vilanculoslaita26@gmail.com

Sumário

	Editorial _____	602
	Autor Convidado _____	604
1	Fundamentação das decisões judiciais e Justo Processo segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Naiara Posenato _____	606
	Artigo em Língua Estrangeira _____	628
2	<i>NextGenerationEU – a case of public administration complexity programs: a discussion on tools, stakeholders and law</i> Alessandro Aveni _____	630
	Artigos _____	658
3	Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital Caio Sperandéo de Macedo _____	660
4	Elementos de conexão na tributação direta e suas transformações na economia digital Marcos Aurélio Pereira Valadão – Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo _____	680
5	A problemática ambiental e os discursos de Responsabilidade Social das Empresas Jânia Maria Lopes Saldanha – Rafaela da Cruz Mello _____	709
6	Os certificados de recuperação e seus reflexos sobre a saúde pública Nelson Johane Vilanculos Laita – Carlos Eduardo Malinowski – Fernando Moreira Freitas da Silva _____	732

7	Crise do direito e propostas de sua superação: ainda há garantias da autonomia jurídica?	
	Maria Vital da Rocha – Lincoln Simões Fontenele _____	753
8	Da servidão ao dever constitucional: uma reflexão sobre liberdade a partir de La Boétie	
	Federica Grandi – Hendrick Pinheiro _____	773
	Normas de submissão _____	795

Caros leitores,

A Revista Jurídica da Presidência - RJP recebeu, na última Chamada de Trabalhos, artigos científicos de professores com vínculo em diversas Instituições de Ensino Superior - IES estrangeiras. No intuito de darmos continuidade à discussão acadêmica, encerramos o 24º volume, com esta edição de nº 134.

Iniciamos, na Seção Autor Convidado, com o artigo intitulado “Fundamentação das decisões judiciais e Justo Processo segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, da Dra. Naiara Posenato, professora da *Università degli Studi di Milano* – Itália.

Em seguida, na Seção Artigo em Língua Estrangeira, o autor Alessandro Aveni realiza uma análise das ferramentas utilizadas para gerenciar planos complexos no âmbito da administração pública e discute o caso do Programa NextGenerationEU, um pacote de recuperação econômica da União Europeia.

Na Seção Artigos, Caio Sperandéo de Macedo apresenta uma pesquisa sobre o direito fundamental da proteção de dados no contexto da ascensão tecnológica, no artigo “Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital”.

Ainda no contexto da economia digital, Marcos Aurélio Pereira Valadão e Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo trazem o artigo “Elementos de conexão na tributação direta e suas transformações na economia digital”, em que discorrem sobre a perspectiva evolutiva das normas jurídicas de conexão, no âmbito do direito tributário internacional, diante do atual cenário de novos modelos de negócios digitais.

Já no texto da professora Jânia Maria Lopes Saldanha, em coautoria com Rafaela da Cruz Mello, as autoras questionam quais seriam os riscos do discurso de responsabilidade social das empresas diante dos conflitos ambientais, em que há uma preocupação ambiental para minimizar as reais atividades empresariais.

Na mesma seção, em “Os certificados de recuperação e seus reflexos sobre a saúde pública”, Nelson Johane Vilanculos Laita, Carlos Eduardo Malinowski e Fernando Moreira Freitas da Silva discutem as repercussões dos certificados de recuperação na saúde pública como ferramenta para viabilizar liberação de medidas restritivas para pessoas não vacinadas durante a pandemia de covid-19.

No artigo seguinte, Maria Vital da Rocha e Lincoln Simões Fontenele investigam se fatores externos ao direito o influenciam, prejudicando sua autonomia, e apontam que a necessidade de adequação social moderna, proposta em diversos modelos teóricos, tem gerado uma crise no direito.

Por fim, Federica Grandi e Hendrick Pinheiro apresentam o artigo “Da servidão ao dever constitucional: uma reflexão sobre liberdade a partir de La Boétie”, no qual nos conduzem às ideias de Étienne de La Boétie sobre liberdade, a partir de duas perspectivas: da servidão e do dever.

Agradecemos aos integrantes do Conselho Editorial e aos pareceristas *ad hoc* - professores vinculados às instituições de ensino superior com as quais mantemos acordos de cooperação técnica ; pela colaboração com a RJP. Expressamos também nossa gratidão à Equipe Editorial da Revista, pela dedicação, que deu resultado a mais esta publicação, e congratulamos os autores pela disponibilidade em enriquecer o debate acadêmico. Somos gratos a todos pela confiança em nosso trabalho!

Aproveitem a leitura!

Autor Convidado



Fundamentação das decisões judiciais e Justo Processo segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

NAIARA POSENATO

Doutora em Direito Internacional e da União Europeia pela *Università degli Studi di Roma La Sapienza* (Itália). Mestre pela *Università degli Studi di Padova* (Itália). Professora de Direito Comparado na *Università degli Studi di Milano* (Itália).

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 A relevância da fundamentação das decisões judiciais e a sua diversidade nas ordens jurídicas nacionais • 3 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em tema de fundamentação e justo processo • 4 Conclusão • 5 Referências.

RESUMO: A fundamentação das decisões judiciais é considerada uma das garantias do Direito ao Justo Processo contemplado no art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cuja afirmação e declinação foram completamente desenvolvidas pela atividade jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). O presente artigo busca reconstruir e analisar criticamente o percurso por meio do qual o TEDH garantiu o direito à fundamentação das decisões judiciais e os seus contornos, respeitando, ao mesmo tempo, as especificidades nacionais relacionadas à disciplina da fundamentação e ao estilo das decisões judiciais. Foi aplicada a metodologia de pesquisa básica ou fundamental quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, dedutiva e dialética quanto ao método, e bibliográfica e jurisprudencial quanto ao procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação • Direito ao Justo Processo • Tribunal Europeu dos Direitos Humanos • Jurisprudência • Acesso à justiça.

Reasoning of judicial decisions and Due Process according to the European Court of Human Rights case law

CONTENTS: *1 Introduction • 2 The importance of reasoning in judicial decisions and its differences among national legal systems • 3 The European Court of Human Rights Case Law on reasoning and the right to a fair trial • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: The reasoning of judicial decisions is considered one of the guarantees of the Right to Fair Process contemplated in art. 6, § 1, of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, fully developed by the jurisprudential activity of the European Court of Human Rights (ECHR). This article seeks to reconstruct and critically analyze the affirmation of the right to reasoning in judicial decisions and its contours by ECHR case law, respecting, at the same time, national specificities related to the discipline and the style of judicial decisions. In terms of purpose, fundamental research methodology was applied, descriptive concerning objectives, qualitative in terms of approach, deductive and dialectical in terms of method, and bibliographical and jurisprudential in terms of procedure.

KEYWORDS: Judicial Reasoning • Right to a Fair Trial • European Court of Human Rights • Case law • Access to justice.

Fundamentación y Debido Proceso según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 La importancia de la motivación en las decisiones judiciales y sus diferencias entre los sistemas legales nacionales • 3 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la motivación y el derecho a un proceso equitativo • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMEN: La motivación de las decisiones judiciales se considera una de las garantías del Derecho a un proceso equitativo contemplado en el art. 6, § 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, desarrollado íntegramente por la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este artículo busca reconstruir y analizar críticamente la afirmación del derecho a la motivación en las decisiones judiciales y sus contornos por la jurisprudencia del TEDH, respetando, al mismo tiempo, las especificidades nacionales relacionadas con la disciplina y el estilo de las decisiones judiciales. En cuanto al propósito, se aplicó una metodología fundamental de investigación, descriptiva en cuanto a objetivos, cualitativa en cuanto al enfoque, deductiva y dialéctica en cuanto al método, y bibliográfica y jurisprudencial en cuanto al procedimiento.

PALABRAS CLAVE: Motivación • Derecho a un Proceso Equitativo • Tribunal Europeo de Derechos Humanos • Jurisprudencia • Acceso a la Justicia.

1 Introdução

A fundamentação ou motivação das decisões judiciais é considerada uma das garantias do Direito ao Justo Processo pelo sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, como consagrado no art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem, CEDH). Todavia, a sua menção específica não está presente na economia da complexa disposição convencional; de fato, trata-se de uma garantia cujas afirmação e declinação foram completamente desenvolvidas pela atividade jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

A fundamentação ou motivação é um dos elementos essenciais da sentença, juntamente com o relatório e o dispositivo, onde o juiz analisa as questões fático-jurídicas trazidas pelas partes ao processo, a prova produzida nos autos, e exprime as razões jurídicas que o levaram a decidir as questões processuais e materiais da causa da maneira como decidiu (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 425).

Ela pode assumir conformações ou estilos diferentes nas várias culturas jurídicas e ao longo da história, como será brevemente ilustrado com o leitor no parágrafo sucessivo. À luz dessa diversidade, é interessante reconstruir e analisar criticamente o percurso por meio do qual o TEDH equilibrou a tensão existente entre o respeito às tradições jurídicas nacionais, em conformidade ao Princípio de Subsidiariedade, e a necessidade de garantir de forma concreta e efetiva o direito à fundamentação das decisões judiciais, como elemento do Direito ao Justo Processo. Ao longo de um diversificado e interessante percurso jurisprudencial, o Tribunal de Estrasburgo afirmou, em primeiro lugar, a existência de um dever de fundamentação, confrontando-se, inclusive, com a sua relação com o princípio da íntima convicção em caso de processos por júri. Em diversas ocasiões, declinou o conteúdo que tal motivação deve conter, considerando situações em que são admissíveis justificativas abreviadas e situações em que, pelo contrário, o Direito ao Justo Processo exige maior atenção e detalhamento das razões do decidir.

O presente escrito introduz inicialmente de forma sintética o conceito e a finalidade, histórica e atual, da fundamentação das decisões judiciais em algumas tradições jurídicas nacionais. Trata-se de uma premissa fundamental para a análise principal, no corpo do trabalho, da evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a propósito do tema. Encerra-se com algumas considerações finais.

Neste trabalho, utilizou-se a metodologia de pesquisa básica ou fundamental quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, dedutiva e dialética quanto ao método, e bibliográfica e jurisprudencial quanto ao procedimento.

2 A relevância da fundamentação das decisões judiciais e a sua diversidade nas ordens jurídicas nacionais

Em apertada síntese, com a fundamentação exterioriza-se o *iter* lógico da decisão, a sua justificação racional em fato e em direito; assim, normalmente são associadas a este instituto diversas funções. Em primeiro lugar, como instrumento processual, a motivação permite a compreensão, pelo jurisdicionado, de uma decisão que incide sobre a sua situação ou condição jurídica. Neste diapasão e como corolário, consente a verificação da existência de eventuais vícios no julgado e apresenta-se como uma condição preliminar para o exercício do direito de apelação e, eventualmente, para a incidência do controle nomofilático pelos tribunais superiores. Uma segunda dimensão, cujo reconhecimento pela doutrina é mais recente, é associada à função político-institucional da motivação: isso porque ela permite demonstrar que a decisão judicial foi obtida através da aplicação racional de normas jurídicas, o que exclui o risco de arbitrariedade e facilita a aceitação pelo seu imediato destinatário e pela sociedade civil. Nesse último sentido, fala-se de credibilidade ou de legitimação argumentativa do Poder Judiciário em uma sociedade democrática. A doutrina também se refere, distinguindo entre as citadas duas dimensões funcionais, à função *endoprocessual* da motivação judicial, conexa ao problema da impugnação da sentença ou do acórdão, e a sua função extraprocessual, ligada ao

[...] conceito democrático do exercício do poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. (TARUFFO, 2015, p. 20-21).

Se, por um lado, concorda-se em considerar a fundamentação uma garantia indispensável para que um indivíduo possa fazer valer os próprios direitos e liberdades em um Estado de Direito; ao mesmo tempo, os sistemas jurídicos nacionais divergem de forma importante no que concerne o seu valor e o seu conteúdo ou estilo. Tradicionalmente prevista nas leis processuais, atualmente, em alguns países europeus, a exigência de motivação adquiriu valor constitucional. É o caso, exemplificativamente, da Itália, cujo art. 111, *comma* 6, da *Costituzione*

della Repubblica Italiana estabelece que “*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”¹ (ITÁLIA, 1948); da Bélgica, que dispõe no art. 149 da *Constitution coordonnée du 17 février 1994* que “*tout jugement est motivé*”² (BÉLGICA, 1994); de Portugal, ao determinar no art. 205-1 da Constituição da República Portuguesa que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei” (PORTUGAL, 1976); e dos Países Baixos onde, em conformidade com o art. 121 da Constituição do Reino dos Países Baixos (*Grondwet van Nederland*), “*judgments shall specify the grounds on which they are based*”³ (PAÍSES BAIXOS, 1948). Em outros sistemas, como a França, a fundamentação ainda é prevista somente na legislação ordinária, especificamente no art. 455 do *Code de procédure civile*, que dispõe que “*le jugement doit être motivé*” (FRANÇA, 1998). Já na tradição de *common law*, em especial naquela inglesa, além de não constituir objeto de *statutory law* (pelo menos até a promulgação do *Human Rights Act*, em 1998) historicamente não existiria um dever geral de fundamentação das decisões judiciais (REINO UNIDO, 1998). Recente jurisprudência tem afirmado “*a duty to give reasons*”, elaborado explicitamente na decisão *Flannery c. Halifax Estate Agencies Ltd*, 2000 1 WRL 377, embora a sua racionalização – natureza, conteúdo, exceções à obrigação – ainda não tenha sido de todo completada (HO, 2000).

Como é sabido, com a Constituição federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro também reconheceu expressamente valor constitucional à fundamentação das decisões judiciais estabelecendo, no art. 93, inciso IX, que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*” (BRASIL, 1988). No plano da legislação ordinária, o Código de Processo Civil de 2015 refere-se à fundamentação em muitas ocasiões, merecendo destaque o art. 489 que, ao confirmar a obrigatoriedade da fundamentação nas decisões judiciais, adota uma série de parâmetros pormenorizados e estabelece os contornos deste dever fundamental (BRASIL, 2015).

Releva-se, em geral, que tanto as normas constitucionais quanto as legislativas (com exceção da citada norma processual brasileira), raramente fornecem elementos detalhados sobre o conteúdo concreto da fundamentação das decisões judiciais, estabelecendo se são compatíveis com este dever, por

1 “Art. 111. (...) Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (...)” (tradução nossa).

2 “Art. 149. Todo o julgamento é motivado” (tradução nossa).

3 “Art. 121. Exceto nos casos estabelecidos por Lei do Parlamento, os julgamentos devem ser públicos e os julgamentos devem especificar os fundamentos em que se baseiam” (tradução nossa).

exemplo, as fundamentações *per relationem* (o órgão judicial reenvia e adere à fundamentação de outra decisão judicial para motivar a própria), a mera indicação de princípios gerais sem a especificação concreta do conteúdo, a referência sintética a precedentes, entre outros.

Esta tendência interessa à conformação das decisões judiciais como um todo, para as quais normalmente o direito positivo limita-se a estabelecer os requisitos mínimos e/ou as consequências da sua inexistência. No que concerne à redação e à apresentação das decisões, ou em outros termos ao seu estilo, as diferenças entre as ordens jurídicas podem ser muito pronunciadas, em razão desta ausência de regulamentação e do fato de que a conformação e o estilo da sentença ou do acórdão são influenciados por componentes de natureza cultural, social e política profundamente radicados, como a educação jurídica, a mentalidade do jurista (mais ou menos tendente à abstração, por exemplo), a relação entre o direito de fonte legislativa e o de fonte jurisdicional, entre outros. Naturalmente outros elementos de natureza processual-institucional também podem incidir, como a forma de deliberação e a competência, a acessibilidade, a função e a composição dos órgãos judiciários em cada sistema nacional.

A doutrina comparatística costuma distinguir os diversos estilos de decisão dentro de um grande leque que compreende, em um extremo, as decisões adotadas por órgãos judiciários pertencentes às tradições de *common law* (Inglaterra) e, em outro, aquelas pronunciadas em sistemas de direito continental ou *civil law* (França). As decisões inglesas, em especial as adotadas pelos órgãos superiores de justiça daquele país, caracterizam-se pela marcada natureza pessoal, sendo geralmente formadas pelos votos (*opinions*) fundamentados dos juízes, assemblados na forma sequencial (*seriatim*). Consequentemente, as decisões, normalmente extensas, não seguem um modelo uniforme, mas refletem o padrão de cada juiz e são caracterizadas por uma linguagem direta e discursiva. Reservam grande atenção aos fatos assim como à jurisprudência anterior, o que é funcional à aplicação da regra do *stare decisis*. Além disso, nos julgamentos anglo-americanos em geral, e nos ingleses especificamente, podem ser considerados argumentos não estritamente técnicos, mas de natureza cultural, política ou econômica em geral. Por outro lado, no extremo francês, temos decisões coletivas e que não comportam votos separados, redigidas sob a forma de uma única longa frase construída com expressões típicas (*attendu que* – considerando que) e marcada por pontos e vírgula, razão pela qual também são chamadas de “julgamentos de frase única” (*jugements à phrase unique*). Trata-se de textos naturalmente concisos,

que geralmente se estendem por uma ou poucas páginas, com tom impessoal e linguagem técnica e extremamente precisa, e um raciocínio interpretativo lógico-dogmático, portanto linear e estritamente consequencial. Raramente são indicadas as razões para a escolha de uma determinada abordagem interpretativa em detrimento de outra ou estão presentes avaliações de natureza ética, política, econômica etc., que acompanham uma leitura específica da regra ou do princípio. Também não há referências explícitas a precedentes judiciais e à literatura jurídica.

Dentro do conjunto delineado por tais extremos, existem muitos outros modelos nacionais de provimentos judiciais ou, em outros termos, diversas declinações de estilo de decisões judiciais. Tais modelos combinam, de forma diversa, os elementos de maior ou menor brevidade ou prolixidade, linguagem mais ou menos técnica, argumentação dogmático-dedutiva ou argumentativa-persuasiva, maior ou menor detalhe na reconstrução dos fatos, fundamentação exclusivamente técnico-jurídica ou acompanhada por reflexões científicas ou econômicas, admissão de votos separados, citação de doutrina e precedentes, entre outros (POSENATO, 2017).

A escassez de normas detalhadas nos sistemas jurídicos e as diferenças nos estilos nacionais das sentenças e acórdãos conduzem a um panorama extremamente variado no que concerne à fundamentação das decisões judiciais no continente europeu. Esse dado revela a complexidade da tarefa do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de tornar efetivo e dar concretização à garantia do Justo Processo (CEDH, 1950, art. 6º), respeitando, ao mesmo tempo, a tradição dos Estados-partes da Convenção, em conformidade com o Princípio da Subsidiariedade. Como é sabido, por meio do Protocolo nº 15 que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH, Protocolo nº 15, 2013), foi prevista a inserção no preâmbulo da CEDH de tal princípio, assim como da teoria da margem de apreciação como progressivamente emersa na jurisprudência do TEDH, em função de uma definição mais apurada do papel deste Tribunal em relação ao das jurisdições internas dos Países membros do Conselho da Europa.

3 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em tema de fundamentação e Justo Processo

O Direito ao Justo Processo, ou Processo Equitativo na versão oficial em língua portuguesa, encontra-se tutelado no âmbito do art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A norma faz parte dos chamados *direitos processuais*, juntamente

com o Princípio de Legalidade e o Direito a um Recurso Efetivo, sancionados respectivamente nos art. 7º e art. 13 da CEDH, cuja particularidade é que o seu conteúdo não se refere a uma liberdade material, mas às garantias do indivíduo para fazer valer os seus próprios direitos e liberdades em um Estado de direito.

O art. 6º é subdividido em três parágrafos, sendo o primeiro deles destinado a estabelecer o campo de aplicação da disposição e as garantias gerais do devido processo, e os demais a ilustrar as garantias específicas reconhecidas ao acusado no âmbito de um processo de natureza penal. A norma de referência, art. 6º, § 1º, estabelece que:

Artigo 6. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (...) (TEDH, 1950).

Como é evidente, em nenhum momento a norma faz expressa referência ao dever de fundamentação da decisão judicial. Todavia, através de uma construção jurisprudencial, este direito foi reconhecido como componente das garantias, compreendidas no justo processo, de ter a própria causa examinada por um tribunal e que tal tribunal seja imparcial.

O “direito de ter a própria causa examinada [...] por um tribunal”, em conformidade com o art. 6º, § 1º, CEDH, implica não somente poder recorrer a um órgão de justiça, mas também apresentar as observações pertinentes, pleitear as próprias razões e obter uma resposta como demonstração de ter sido efetivamente *ouvido* pelo Tribunal (TEDH, 2000, § 33). Da mesma forma, a fundamentação é associada à imparcialidade do órgão judicial: se, neste viés, a Convenção pretende de antemão a imparcialidade subjetiva e objetiva do julgador, com a fundamentação, ele pode comprovar concretamente essa imparcialidade, demonstrando ter decidido com base em um raciocínio jurídico coerente (TEDH, 1995, § 37).

No âmbito do Conselho da Europa, organização internacional em cujo quadro insere-se a CEDH, outros órgãos também se manifestaram sobre a importância da fundamentação das decisões judiciais. Por exemplo, o Comitê dos Ministros adotou, em 2010, uma Recomendação (CM/REC 2010 12, nº 15) dirigida aos Estados-Membros sobre a independência, a eficácia e a responsabilidade dos juízes, onde a motivação das decisões judiciais constava entre os princípios que deveriam governar o funcionamento dos sistemas judiciários. No mesmo ano, o Conselho Consultivo de Juízes Europeus (CCJE), órgão consultivo do Conselho da Europa formado por magistrados provenientes de todos os países-membros da Organização e com competência sobre questões relacionadas com o estatuto dos juízes na Europa, reconheceu a fundamentação como um elemento fundamental de transparência da Justiça, sancionada na Magna Carta dos Juízes (Acesso à Justiça/Transparência, nº 16). Enfim, o próprio CCJE, no Parecer nº 11/08 sobre a qualidade das decisões judiciais, tratando especificamente da fundamentação, declarou que

[...] la motivación permite no sólo una mejor comprensión y aceptación de la resolución por parte del justiciable, sino que es sobre todo una garantía contra lo arbitrario. Por un lado, obliga al juez a tomar en consideración los argumentos de defensa de las partes y a precisar los elementos que justifican su decisión y hacen que sea conforme a la ley y, por otro lado, permite una comprensión del funcionamiento de la justicia por parte de la sociedad. (CCJE, 2008, n. 35).⁴

Dentre as principais Conclusões e Recomendações sugere-se que,

[...] en principio, la resolución judicial ha de estar motivada. Su calidad depende principalmente de la calidad de la motivación. Asimismo, la motivación significa la interpretación de la regla de derecho, a la vez que garantiza la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de la regla de derecho. (CCJE, 2008, “m”).⁵

4 “A motivação permite não somente uma melhor compreensão e aceitação da decisão pelo jurisdicionado, mas sobretudo representa uma garantia contra a arbitrariedade. Por um lado, obriga o juiz a ter em consideração as alegações das partes e a especificar os elementos que justificam a sua decisão, em conformidade com a lei e, por outro, e permite uma compreensão do funcionamento da Justiça pela sociedade”. Cfr. Informe nº 11 (2008) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Calidad de las Resoluciones Judiciales, nº 35 (tradução nossa).

5 “A princípio, a resolução judicial deve ser motivada. A sua qualidade depende principalmente da qualidade da motivação. Da mesma forma, a motivação significa a interpretação da regra jurídica, visto que garante a segurança jurídica e a uniformidade na aplicação da regra jurídica.” Cf. Op. ult. cit., “m” (tradução nossa).

3.1 A afirmação da existência do dever de fundamentação

Já com o caso H. c. Bélgica, decidido em novembro de 1987, o Tribunal de Estrasburgo afirmou que a ausência de uma motivação adequada poderia representar um risco de arbitrariedade da decisão adotada no âmbito de um processo disciplinar relacionado à inscrição à Ordem dos Advogados da Bélgica (TEDH, 1987, § 53). Poucos anos depois, ao decidir o caso Van De Hurk c. Países Baixos, passou-se a considerar expressamente a ausência de motivação uma violação do direito ao devido processo, em conformidade com o art. 6º, § 1º, CEDH (TEDH, 1994a, § 61).

Como garantia de natureza procedimental associada ao direito do justo processo, o dever de motivação subsiste inclusive com relação a procedimentos especiais, como aqueles adotados no âmbito da justiça militar. Assim, portanto, o TEDH afirmou a obrigatoriedade da fundamentação em um processo militar, sustentando o Tribunal que

[...] os Estados Contratantes gozam de grande liberdade na escolha dos meios adequados para permitir que seu sistema judiciário cumpra os requisitos do artigo 6º (art. 6º). Os juízes devem, no entanto, expor com suficiente clareza as razões em que se baseiam. É assim que, por exemplo, um acusado pode efetivamente exercer os recursos existentes. (TEDH, 1992, § 33).

Se essa liberdade é reconhecida aos Estados, como afirmou o Tribunal de Estrasburgo, segundo o art. 6º, § 1º CEDH a motivação de uma decisão judicial pode estar completamente ausente? Em princípio, a resposta parece ser negativa, como demonstra a decisão do caso Higgins e outros c. França, de 1998. Os herdeiros Higgins foram partes em três processos perante o Tribunal de Apelação de Papeete, na Polinésia francesa, e apresentaram três pedidos de arquivamento relativos a estes casos, perante a *Cour de cassation*, com base em legítima suspeita de parcialidade do Tribunal de Papeete. O tribunal de vértice francês reenviou os dois primeiros casos ao Tribunal de Apelação de Paris, mas não mencionou uma palavra, no acórdão que proferiu, sobre a terceira petição, ainda que se destinasse à mesma jurisdição e se baseasse em fundamentos idênticos. Supondo ser um erro de redação, os requerentes apresentaram um pedido de retificação que foi indeferido e, em seguida, recorreram ao Tribunal de Estrasburgo. Ao constatar a violação do art. 6º, § 1º CEDH pelo Estado francês, o Tribunal Europeu sancionou o silêncio total mantido pelo juiz nacional sobre um dos pedidos de suspeita legítima, um silêncio que constituía quer uma falta de fundamentação se o pedido tivesse sido implicitamente indeferido, quer uma omissão de decisão (TEDH, 1998, § 43).

Ao mesmo tempo, porém, sempre no que concerne à existência do dever de motivação, há casos em que este mesmo não assume um caráter absoluto. Por exemplo, no âmbito penal, em 2010, a Grande Sala do Tribunal Europeu pôde analisar de forma aprofundada a questão da fundamentação das decisões adotadas pelo Tribunal do Júri, no caso *Taxquet c. Bélgica* (TEDH, 2010b). Trata-se do epílogo judicial de um escândalo ligado à corrupção que envolveu a alta política do país europeu na metade dos anos 90 e que custou a vida ao líder do partido socialista André Cools. Richard Taxquet foi condenado pelo seu homicídio pela *Cour d'assises* de Liège, em 2004, a 20 anos de reclusão. Taxquet, no mesmo ano, apresenta recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmando, entre outras, a violação do devido processo com base no art. 6º, § 1º, CEDH, em razão da ausência de fundamentação da decisão. No âmbito de um processo complexo, em que inclusive viu a intervenção, como *amici curiae*, dos governos inglês, irlandês e francês, o Tribunal europeu reconstruiu toda a própria jurisprudência sobre o tema TEDH, 2002, decidindo finalmente a favor do requerente e estabelecendo que a Bélgica havia cometido violação do art. 6º, § 1º, CEDH por ausência de motivação.

É sabido que o processo com júri popular apresenta algumas especificidades com relação ao processo da justiça técnica-profissional, dentre eles o princípio da íntima convicção, com base no qual, em geral, não se exige a exteriorização dos fundamentos da decisão. Outras garantias são normalmente adotadas para impedir arbitrariedades, tais como instruções ou esclarecimentos do Presidente do Tribunal do Júri aos jurados em relação aos problemas jurídicos levantados ou às provas produzidas, ou a formulação de quesitos precisos, inequívocos, capazes de formar uma argumentação que possa servir de base ao veredito e que compense a falta de motivação das respostas do Júri.

Com relação ao caso *Taxquet*, foi justamente a lacônica formulação dos quesitos aos jurados, que não faziam referência a circunstâncias concretas e específicas e que, portanto, não permitiram ao acusado compreender quais elementos de convicção teriam levado os jurados a concluir pela sua participação no homicídio, que determinou a violação do art. 6º, § 1º, CEDH (TEDH, 2010b, § 97-98), e não a ausência em si da motivação. A questão principal foi que *Taxquet* não pôde, segundo o Tribunal de Estrasburgo, compreender as razões da própria condenação. De fato, como se verá a seguir, o Tribunal europeu reconhece desde sempre como uma das funções principais da motivação judicial justamente a de permitir que os interessados compreendam a decisão que incide sobre os seus direitos e possam, portanto, aceitá-la.

Outras situações relevantes em que pode haver dúvida sobre a necessidade de fundamentação referem-se às decisões que avaliem a admissibilidade de recursos ou que autorizem o acesso às cortes superiores, com base em questões meramente processuais. Segundo a posição do Tribunal de Estrasburgo, o art. 6º, § 1º não obriga o órgão judicial superior a fundamentar detalhadamente quando se limita a aplicar uma disposição legislativa específica para rejeitar um recurso sobre uma questão de direito, declarando que não tem hipótese de êxito, sem mais explicações (TEDH, 2009, § 41; TEDH, 2003).

Da mesma forma, no caso de pedido de autorização para recurso, condição para que o tribunal superior analise os pedidos e eventualmente se pronuncie, o art. 6, § 1 não pode ser interpretado no sentido de exigir que mesmo o indeferimento da autorização seja de forma pormenorizada (TEDH, 2002a; TEDH, 2009, § 24). Em qualquer caso, os tribunais de segunda instância responsáveis pela filtragem de recursos infundados, e competentes para tratar de questões de fato e de direito em processos civis, devem fundamentar a própria decisão de inadmissibilidade de um recurso, não sendo suficiente a mera consideração de que é “claro que o recurso não tinha hipóteses de êxito” e limitando-se a reproduzir o texto do código de processo civil (TEDH, 2015, § 77-83).

Ainda quanto às cortes superiores, no que concerne, por exemplo, ao reenvio prejudicial que os tribunais nacionais realizam para o Tribunal de Justiça da União Europeia, buscando a interpretação dos tratados ou de ato adotado pelas instituições da União Europeia, exige-se a fundamentação de uma decisão nacional de não reenvio, ainda que este procedimento não seja obrigatório para adotar um acórdão a nível nacional (TEDH, 2020, § 68 ss.).

3.2 A função e o conteúdo do dever de fundamentação

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em diversas ocasiões, trouxe elementos para dar conteúdo ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Como princípio de base, afirmou que o teor da motivação conforme ao art. 6º, § 1º, CEDH pode variar em função da natureza da decisão e somente pode ser determinado à luz das circunstâncias do caso. Assim o fez, primeiramente, no âmbito da causa Ruiz Torija c. Espanha, de 1994, relacionado à resolução de um contrato de aluguel comercial e à suposta violação do art. 6º pela *Audiência Provincial de Madrid*. É necessário ter em conta, afirma o Tribunal, a diversidade das alegações que um litigante pode apresentar e as diferenças existentes nos Estados-Partes no que diz respeito às disposições legais, às normas

consuetudinárias, à doutrina e à apresentação e à forma de redação de julgamentos (TEDH, 1994c, § 29). A mesma leitura foi fornecida em TEDH, 1994b, *Hiro Balani c. Espanha*, § 27 e sucessivamente em TEDH, *Georgiadis c. Grécia*, 1997a, § 42. Emerge que o Tribunal europeu não busca uniformar as decisões judiciais europeias e, sim, impor um conteúdo mínimo que garanta a efetividade da fundamentação e o respeito, portanto, do Justo Processo.

Assim, em outras decisões, o Tribunal contribui para delinear os contornos desse conteúdo mínimo. Seja por afirmar que motivação não deve ser meramente formal ou estereotipada ou por considerar insuficiente, à luz do Justo Processo, se tal motivação limita-se a reproduzir ou parafrasear as normas jurídicas aplicadas sem analisar os fatos, os fundamentos do recurso e as provas, quando couber (TEDH, 2007d, § 23; TEDH, 2006, § 55). Nesse sentido, e pede-se vênia para a digressão comparatística, a interpretação do Tribunal de Estrasburgo aproxima-se à ideia expressa na norma do art. 489, § 1º, inciso I do CPC brasileiro, que estabelece e como é sabido, considera não fundamentada qualquer decisão judicial que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (...)” (BRASIL, 2015). A razão dessa regra é que se faz necessário, em primeiro lugar, explicar os motivos pelos quais as normas aplicadas servem para solução de casos concretos.

Da mesma forma, a jurisprudência convencional europeia aproxima-se à tradição brasileira (especificamente ao art. 489, § 1º, inciso II, do CPC brasileiro), ao estabelecer que não é suficiente que a fundamentação adote um estilo demasiadamente conciso e não atribua um significado concreto a termos vagos ou cláusulas gerais, como em dois casos em que o órgão judicial nacional omitiu de esclarecer a natureza da *culpa grave* invocada, ou não especificou a noção de *circunstâncias excepcionais* (cf., respectivamente, TEDH, 1997a, TEDH, 1987). Em ambas as decisões, o Tribunal de Estrasburgo considerou que a garantia convencional do art. 6º, § 1º, havia sido violada ao não se outorgar sentido ao termo vago ou à noção jurídica indeterminada e não se expressar a razão pela qual estas pertinem ao caso concreto.

Por um lado, os órgãos nacionais não são obrigados a fornecer respostas detalhadas a cada alegação das partes (TEDH, 1999, § 26; TEDH, 2000b). Por outro, porém, as alegações cujo impacto pode ser decisivo para a solução do caso requerem “uma resposta específica e explícita” (TEDH, 1994b e 1994c). Em geral, é suficiente que o julgamento inclua resposta às questões essenciais levantadas

(TEDH, 1997b, § 60; TEDH, 2007a, § 30), assim como enfrente os pontos específicos, pertinentes e importantes (TEDH, 2021, § 82 e 84). O Tribunal de Estrasburgo não encontrou qualquer violação num caso em que não foi dada uma resposta específica a uma conclusão relativa a um aspecto irrelevante do processo, a saber, a ausência de assinatura e carimbo, um defeito de natureza formal e não substancial, que foi prontamente remediado (TEDH, 2016, § 61 e 63).

Em algumas situações específicas, uma análise particularmente atenta é necessária, como, por exemplo, no caso Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo, decidido em 2007: os requerentes denunciaram, nos termos dos artigos 8º e 14 da CEDH, a violação do seu direito ao respeito pela sua vida familiar e de tratamento discriminatório, devido ao não reconhecimento no país da decisão peruana que pronunciara a adoção plena do segundo requerente em favor do primeiro requerente. Naquela ocasião, o Tribunal de Estrasburgo esclareceu que, se as alegações das partes se referem aos direitos e às liberdades garantidos pela Convenção ou seus protocolos, os tribunais nacionais são obrigados “a examiná-los com particular rigor e cuidado” (TEDH, 2007c, § 96).

Outra hipótese de fundamentação aprofundada apresenta-se em caso de superação de jurisprudência já consolidada, ainda que o ordenamento jurídico em questão não adote um sistema de precedentes judiciais vinculantes. Como observou o Tribunal europeu em *Atanosovki c. Ex-República Iugoslava da Macedônia*, de 2010, o desenvolvimento da jurisprudência com uma abordagem dinâmica e evolutiva não é, por si só, contrário à boa administração da justiça, mas este elemento deve ser tido em conta na avaliação do alcance da fundamentação. Em caso de decisão contrária à jurisprudência constante, existe um dever de motivar de forma mais substancial as razões que explicam a sua superação (*revirement*) para atender aos requisitos de um julgamento justo *ex art. 6º, § 1º, CEDH* (TEDH, 2010a, § 38; TEDH, 2009). Assim, considera-se que um tribunal constitucional que se distancia de uma precedente decisão expressando simplesmente o próprio “desacordo” com uma posição anterior não fornece uma motivação suficiente à própria decisão (TEDH, 2022a, § 315).

Em princípio, é compatível com o art. 6º, § 1º, CEDH, que um órgão de apelação simplesmente reafirme as razões da decisão do órgão de nível inferior, adotando o que se chama de motivação *per relationem*. No entanto, a noção de equidade processual exige que um tribunal nacional que tenha fundamentado as próprias decisões de modo escasso, incorporando as razões de um tribunal inferior ou de outra forma, tenha efetivamente abordado as questões essenciais submetidas a sua

jurisdição e não se limite a aprovar, sem mais delongas, as conclusões alcançadas pelo tribunal de primeira instância (TEDH, 1997b, § 60). Ao contrário, a motivação *per relationem* foi julgada insuficiente quando o objeto principal da contestação do próprio recurso é a inadequação da motivação da primeira instância (TEDH, 2001, § 32-33).

Em geral, uma das funções associadas à fundamentação é a de oferecer concretamente aos seus destinatários a possibilidade de compreender a decisão judicial (v., entre outros, o julgado TEDH sobre Lhermitte c. Bélgica, 2016, § 74) e, se inconformadas, de apresentar razões recursais e exercer efetivamente o próprio direito de apelação contra a mesma. Assim, os órgãos judiciais também devem fundamentar as próprias decisões de forma a garantir aos jurisdicionados o acesso a um recurso efetivo (TEDH, 2003b, § 37). Todavia, em uma linha diversa, o instrumento da motivação no sistema regional europeu tem sido igualmente associado a outras finalidades que, em geral, não se limitam somente ao destinatário da decisão e ao controle por um órgão hierarquicamente inferior, mas envolvem todos os jurisdicionados adquirindo uma dimensão política, de transparência e de controle do Poder Judiciário. A fundamentação, segundo esta perspectiva, transforma-se em um meio de compreensão e em um pressuposto de aceitação das decisões por parte da comunidade, um meio para ensejar a confiança da opinião pública em uma Justiça objetiva e transparente (TEDH, 2007b, § 58; TEDH, 2010b, § 90), uma forma de controle público sobre a administração da justiça (TEDH, 2003b, § 37).

A ideia da fundamentação como instrumento de legitimação do discurso judicial não é uma prerrogativa do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mas transcende-o para afetar diversas tradições jurídicas. Muitas das reformas legislativas nacionais que têm incidido sobre o conteúdo das decisões judiciais e da sua fundamentação são ancoradas nestas máximas. É o caso, por exemplo, da recente reforma do estilo dos acórdãos da Corte de Cassação francesa que questiona um modelo peculiar de julgamento, amplamente consolidado e conhecido, em nome de maior clareza e acessibilidade. Acredita-se que a melhor compreensão das decisões seja fundamental para garantir o seu efeito persuasivo, sendo sedimentado que a credibilidade das decisões judiciais depende da força argumentativa da sua fundamentação e não, como a lei, da enunciação lapidar de normas. Isso é necessário, como se depreende dos diversos documentos apresentados pela própria Corte para ilustrar a nova disciplina, levando em conta que os destinatários dos acórdãos não se limitam às partes e aos operadores

jurídicos nacionais. De fato, deve-se notar que o Tribunal de Cassação deve ser capaz de participar amplamente, com suas próprias decisões, dos debates nacionais e internacionais sobre questões jurídicas relevantes, para coordenar as decisões internas com as dos tribunais internacionais (especialmente em matéria de direitos humanos), e até influenciar a opinião de juristas e magistrados estrangeiros, no âmbito dos fenômenos de diálogo entre juízes e concorrência entre sistemas jurídicos (POSENATO, 2021).

Da mesma forma a Itália, que sobretudo a partir da *Legge 18 giugno 2009*, nº 69, introduziu modificações significativas na própria disciplina jurídica em tema de redação de provimentos judiciais, visando reduzir a extensão das motivações, consideradas excessivamente prolixas, às vezes redundantes e, portanto, por razões opostas àquelas francesas, pouco compreensíveis. O princípio da concisão, atualmente presente nas diversas normas reformadas, tem como objetivo obter maior clareza dos atos e da racionalidade expositiva, tendo em vista o necessário entendimento que o cidadão deve ter, em geral, da justiça (FACCHINI NETO; DALL'ALBA, 2021).

4 Conclusão

A fundamentação das decisões judiciais, segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é consubstancial ao Direito ao Processo Justo tutelado pelo art. 6º, CEDH, pois representa uma garantia contra a arbitrariedade, permite dar conteúdo efetivo ao eventual direito de impugnação e, finalmente, constitui um instrumento que permite um amplo controle democrático sobre a atividade judicial e outorga credibilidade às decisões judiciais no marco de uma sociedade democrática. Ela não enseja, necessariamente e sempre, uma resposta pormenorizada a todas as alegações das partes, mas pressupõe, entre outros, a análise dos principais motivos aduzidos, a atribuição de significado a cláusulas gerais e noções indefinidas, a explicação da superação de posições jurisprudenciais, em vista da construção de uma justificação racional. Em um contexto plural como o Europeu, caracterizado pela diversidade entre as tradições jurídicas, inclusive em termos de conformação de decisões judiciais e de motivação, o Tribunal de Estrasburgo busca, assim, através da própria atividade de jurisdicional (*ius dicere*), encontrar um equilíbrio entre as garantias mínimas do Justo Processo e o respeito ao Princípio de Subsidiariedade.

5 Referências

ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. **Simply a matter of style?** Comparing judicial decisions. University of Oslo Faculty of Legal Studies. Research Paper Series n. 2013-13, Oslo, maio 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2264098. Acesso em: 27 out. 2022.

ANDREWS, N. The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements. **Legal Studies Research Paper Series**, University of Cambridge, n. 23, 2014.

ALONSO, C. **La motivation des décisions juridictionnelles** : exigence(s) du droit au procès équitable, Regards sur le droit au procès équitable, sous la direction de Benjamin Lavergne, Mehdi Mezaguer, LGDJ: Toulouse, 2012.

ARRUDA ALVIM, T. Precedentes e dever de motivação das decisões mundiais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 241, 2015.

BARTOLE, S.; DE SENA, P.; ZAGREBELSKY, V. **Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**. CEDAM: Padova, 2012.

BORÉ, L. **La motivation des décisions de justice et la Convention Européenne des Droits de l'Homme**. La Semaine Juridique, Edition Générale n. 3, 16 janvier 2002, doct. 104.

BRUNET, A. Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation. *In*: **Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à J. Normand**, Paris, éditions du Juris-Classeur, 2003, XXIX.

CCJE. **Informe nº 11 (2008) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Calidad de las Resoluciones Judiciales**. Disponível em: <https://rm.coe.int/informe-n-11-2008-del-consejo-consultivo-de-jueces-europeos-ccje-a-la-/1680747d90>. Acesso em: 27 out. 2022.

CCJE. **Carta Magna de los Jueces**. 2010, 3 Final. Disponível em: <https://rm.coe.int/magna-carta-spanish/168063e44a>. Acesso em: 27 out. 2022.

CHIASSONI, P. **La Giurisprudenza Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

ENGLAND. Court of Appeal, **Flannery c. Halifax Estate Agencies Ltd**, 2000.

FACCHINI NETO, E.; DALL'ALBA, F. C. Nem concisas, nem prolixas: o novo estilo de sentenças na França e na Itália – a convergência dos extremos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 35-60, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p35. Acesso em: 27 out. 2022.

FRANÇA. **Code de procédure civile**, 1999.

FRANÇA. **Constitution coordonnée** du 17 février 1994.

GORLA, G. La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella “Common Law”: riflessi di tale struttura sull’interpretazione della sentenza, sui “Reports” e sul “Dissenting”. **Giurisprudenza italiana**, 1965, Parte I, Sez. I.

HO, H. L. The judicial duty to give reasons. **Legal Studies**, v. 20, issue 1, 2000, 1 WLR 377.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**, promulgada em 27 de dezembro de 1947.

JOLOWICZ, J. A. Les décisions de la Chambre des Lords. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 31, 1979.

MBONGO, P. (cur.). **La qualité des décisions de justice**. Estrasburg: Éditions du Conseil de l’Europe, 2007.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, promulgada em 2 de abril de 1976.

PORTUGAL. **Protocolo nº 15 que altera a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais**, 2013. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/protocolo-no-15-que-altera-convencao-para-protecao-dos-direitos-humanos-e-das-liberdades>. Acesso em: 29 out. 2022.

POSENATO, N. **Lo stile delle sentenze**. Profili di attualità di diritto comparato. Padova: CLEUP, 2017.

POSENATO, N. La riforma dello stile delle sentenze della Cour de Cassation. *In*: CERCHIA, R. E. **Percorsi di Diritto Comparato**. Milano, Milano University Press, 2021.

STEIN, P. Judgments in the European legal tradition. *In*: La sentenza in Europa. **Metodo, tecnica e stile**. CEDAM: Padova, 1988.

TARUFFO, M. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOUFFAIT, A.; TUNC, A. Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 3 LXXII, 1974. Disponível em: <https://www.sudoc.fr/017605970>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (5ª Seção). **Pedido nº 36815/03, Atanosovki c. Ex-República Iugoslava da Macedônia**, Strasbourg, 14 de abril de 2010a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-96673%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (TEDH). **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (3ª Seção). **Pedido nº 19997/02, Boldea c. Romênia**, Strasbourg, 15 de fevereiro de 2007a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-79496%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (2ª Seção). **Pedido nº 34763/02, Burg e outros c. França (dec.)**, Strasbourg, 28 de janeiro de 2003. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44041>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (5ª Seção). **Pedido nº 32820/08, Boumaraf c. França**, 30 de agosto de 2011. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106174>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (2ª Seção). **Pedido nº 54367/00, Bufferne c. França (dec.)**, 26 de fevereiro de 2002a. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-43288>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (3ª Seção). **Pedido nº 34553/97, Dulaurans c. França**, 21 de março de 2000a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-63017%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (2ª Seção). **Pedido nº 18160/91, Diennet c. França**, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57957%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (Grande Chambre). **Pedido nº 30544/96, García Ruiz c. Espanha**, 21 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58907>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 21522/93, Georgiadis c. Grécia**, 29 de maio de 1997a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58037%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (Grande Chambre). **Pedido nº 12686/03, Gorou c. Grécia (nº 2) [GC]**, 20 de março de 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-91848%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (Grande Chambre). **Pedido nº 43572/18, Grzęda c. Polónia**, 15 de março de 2022a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-216400%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (Grande Chambre). **Pedido nº 8950/80, H. c. Bélgica**, 30 de novembro de 1987. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57501%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 12945/87, Hadjianastassiou c. Grécia**, 16 de novembro de 1992. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57779%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (2ª Seção). **Pedido nº 15319/09, Hansen c. Noruega**, 2 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-146701%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 20772/92, Helle c. Finlândia**, 19 de dezembro de 1997b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58126%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 134/1996/753/952, Higgins e outros c. França**, 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58129%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 16034/90, Van De Hurk c. Países Baixos**, 19 de abril de 1994a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57878%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 18064/91, Hiro Balani c. Espanha**, 9 de dezembro de 1994b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57910%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). **Pedido nº 18390/91, Ruiz Torija c. Espanha**, 9 de dezembro de 1994c. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57909%22%5D%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (4ª Seção). **Pedido nº 49684/99, Hirvisaari c. Finlândia**, 25 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-59682%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (4ª Seção). **Pedido nº 47628/06, Kukkonen c. Finlândia (n. 2)**, 13 de abril de 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90579%22%7D>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (3ª Seção). **Pedido nº 40490/98, Jahnke e Lenoble c. França**, 29 de outubro de 2000b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-31933>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (1ª Seção). **Pedido nº 44858/04, Markoulaki c. Grécia**, 26 de outubro de 2007d. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81968>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (5ª Seção). **Pedido nº 11161/08, Mont Blanc Trading Ltd e Antares Titanium Trading Ltd c. Ucrânia**, 31 de maio de 2021. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207406>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (2ª Seção). **Pedido nº 76522/12, Mugoša c. Montenegro**, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163821>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (2ª Seção). **Pedido nº 73695/01, Nedzela c. França**, 11 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76521>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (21ª Seção). **Pedido nº 54210/00, Papon c. França**, 25 de julho de 2002b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65190>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (5ª Seção). **Pedido nº 25137/16, Sanofi Pasteur c. França**, 13 de junho de 2020. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200818>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (4ª Seção). **Pedido nº 37801/97, Suominen c. Finlândia**, 24 de julho de 2003b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61178>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (1ª Seção). **Pedido nº 1509/2002, Tatishvili c. Rússia**, 9 de julho de 2007b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79564>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (Grande chambre). **Pedido nº 926/05, Taxquet c. Bélgica**, 16 de novembro de 2010b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101739>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (1ª Seção). **Pedido nº 76240/01, Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo**, 28 de setembro de 2007c. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81328>. Acesso em: 27 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH). (1ª Seção). **Pedido nº 5386/10, Zayidov c. Azerbaijão (nº 2)**, 24 de junho de 2022b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216356>. Acesso em: 27 out. 2022.

WELLS, M. French and American judicial opinions. **Yale Journal of International Law**, v. 19, 1994.

Artigo em Língua Estrangeira



NextGenerationEU – a case of public administration complexity programs: a discussion on tools, stakeholders and law

ALESSANDRO AVENI

Doutor em Ciências Políticas pela *Università Statale de Milano* e em Administração pela *Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano* (Itália). Mestre em Geografia (UnB). Professor visitante da UnB. Consultor do Governo da Itália, no *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR), na *Regione Molise*.

Artigo recebido em 20/6/2022 e aprovado em 21/10/2022.

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Complexity and planning • 3 NextGenerationEU • 4 Analysis results • 5 Conclusion • 6 References.*

ABSTRACT: The paper performs an analysis of how to manage complex plans. This is useful when complaint arises between stakeholders and when it is necessary to negotiate the project contract or redefine the legal framework in which public administration consultancy works. Theoretically, complexity must be overlapped with some method or having an assessment before the plan starts. In complex plan management, we need more stakeholders, communication, and social organizations than digitalization. In this sense, a wise legal consultancy based on a deep knowledge of the problems is useful before starting every project. The paper discusses the case of NextGenerationEU (NGEU) plan, which was developed as a performance-oriented plan. The paper analyses the plan from the plan complexity management point of view. The results show a lack of definition in complexity tools to implement, monitor and impulse the achievement of goals linked to constraints of the plan. Legal consultancy and control is strongly recommended.

KEYWORDS: Public Administration • Project Management Complexity • Project Contracts • NextGenerationEU • Ministerial Ordinances.

NextGenerationEU – um programa de complexidade da administração pública: uma discussão sobre ferramentas, stakeholders e direito

SUMÁRIO: *1 Introdução • 2 Complexidade e planejamento • 3 NextGenerationEU • 4 Resultados da análise • 5 Conclusão • 6 Referências.*

RESUMO: O artigo realiza uma análise de como gerenciar planos complexos. Isso é útil quando surge uma reclamação entre as partes interessadas e quando é necessário negociar o contrato do projeto, ou redefinir o quadro legal em que a consultoria da administração pública trabalha. Teoricamente, a complexidade deve ser sobreposta a algum método ou ter uma avaliação antes do início do plano. Na gestão de planos complexos, precisa-se mais de stakeholders, comunicação e organizações sociais do que de digitalização. Nesse sentido, uma consultoria jurídica baseada em profundo conhecimento dos problemas é útil antes de iniciar cada projeto. O artigo discute o caso do Programa NextGenerationEU (NGEU) e o analisa a partir de uma visão de gerenciamento da complexidade do plano. Os resultados mostram uma carência na definição de ferramentas de complexidade para implementar, monitorar e impulsionar o atingimento das metas. A consultoria e o controle jurídico são fortemente recomendados.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública • Complexidade de gerenciamento de projetos públicos • Contratos de projetos • NextGenerationEU • Portarias ministeriais.

NextGenerationEU – un programa de complejidad de la administración pública: un análisis de herramientas, stakeholders y ley

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Complejidad y planificación • 3 NextGenerationEU • 4 Resultados del análisis • 5 Conclusión • 6 Referencias.*

RESUMEN: El artículo realiza un análisis de la gestión de planes complejos. Esto es útil cuando surge una queja entre los interesados y cuando es necesario negociar el contrato del proyecto, o redefinir el marco legal en el que trabaja la consultoría de la administración pública. Teóricamente, la complejidad debería superponerse a algún método o tener una evaluación antes de que comience el plan. En la gestión de planes complejos, necesitamos más de partes interesadas, comunicación y organizaciones que de comunicación y sociales que la digitalización. En este sentido, una sabia asesoría legal basada en un conocimiento profundo de los temas es útil antes de iniciar cada proyecto. El artículo discute el caso de NextGenerationEU y analiza el plan desde una perspectiva de gestión de la complejidad del plan. Los resultados muestran una falta de definición de herramientas de complejidad para implementar, monitorear e impulsar la consecución de lograr las metas. Se recomienda enfáticamente la asesoría y el control legal.

PALABRAS CLAVE: Administración Pública • Complejidad en la Gestión de Proyectos • Contratos de proyecto • NextGenerationEU • Ordenanzas ministeriales.

1 Introduction

Public administration is a complex organization that needs new tools to perform better and better. Tools developed for a business organization are very simple compared to the ones needed by public administration. We can confirm this when considering the number of stakeholders, the number of services, financing projects, and the legal framework, less flexibility in process workflow, compliance, more controls and, in some countries such as Italy, a lag between bureaucracy and the actual demand for services. Many nations developed structural plans that encompass and include new political and ethical tendencies that are today included in development plans, bringing more complexity.

We argue today's tools for planning public administration changes need to consider primarily complexities challenges. If the strategy and the structure could be easily defined, then the complexity is mostly underestimated, along with the implementations. Something simply is going wrong because the command chain is too long and it is difficult to coordinate complexity. Changing the structured approach to an agile approach is even worse because is it commonly understood that complex plans need at least a hybrid solution of methods.

A team, at the bottom of a plan, perceives complex impacts but also that the final output of the plan must be considered of great impact to the structure inertia or, in other terms, following up on the second law of thermodynamics, that the entropy of a system that is not isolated may decrease only with a certain amount of energy.

This problem or resistance behaviour, inertia, and also resilience of the organizations, compared to the need for changes, must focus on a full engagement of the control room and the entire structure, or a mandatory attitude that is not always possible with democratic rules or negotiations across public administration, including the political referee.

The public administration inertia is a problem that complexity plan management could not solve because the cause-effect rule implies an increasing energy when complexity rises. All models derived from business models imply the opposite by justifying that, with an increase in digitalization, less energy must be spent to have a gain-gain visual circle.

The present research paper aims to discuss the complexity of planning and as a starting point from this paradox implied in the meaning of project planning: the more complex is the change for public administration, the more energy is spent and the more entropy increases, but resources and energy are reduced by control rooms

because there is a belief that digitalization power can substitute this changing energy needed. Hence, does this hold true or do we indeed increase risks in control complexity? The objective of the paper is to discuss about complexity management of plans, using the case of the NextGenerationEU plan, and explain why complexity means more energy, more entropy, new tools, and mainly audit, legal orientation and control in the public administration case.

Digitalization does not imply less energy to change the public administration and its processes, even if the plan starts with a full digitalization of a set of tools.

Furthermore, this paper is a discussion on complexity and Public Administration (PA) plans and justifies itself because many public plans are failing to achieve results. The research discusses the case of the NextGenerationEU plan, which some shreds of evidence on it were claimed above. We argue that, in a complex plan as such, the management, control room, and project managers must develop a synergy and use new control, features, and tools to implement and challenge the entropy problem. The focus of the complexity plan is on cultural, communication, and stakeholder management, which unfortunately has the effect of increasing the energy required to implement the plan.

The complex plan process includes different levels of discussion and decentralization. We argue, too, but this is secondary, that a model to be implemented could not need a democratic or negotiable process. In other words, if we need less time to perform the plan with less negotiation and reduce entropy.

The paper proceeds to the formulation of a hypothesis using a test on observable data and the case method. The case observed is the NextGenerationEu program and it explains characteristics and problems about managing complex plans. In accordance with Oelami and Olivier (2015), two scientific methods can be applied in digital forensic examinations to determine causality: experimentation and case studies.

Following YIN (1989), the case study enhances the reliability and validity of the investigation. One of the possible analytic techniques of the case study is the explanation-building. Explaining a case essentially establishes the relation between the conditions of the case and the attempt at interpreting the evidence by accounting the conditions that produced the evidence. The explanation must show it fits into the case.

The expected outcome of this case study, using the qualitative explanation methodology, was that complex plans need more tools and are not reduced by using digitalization. The proceeds are taken from the real plan called NextGeneration EU

by European Union as a test out-come that could have, but it does not run contrary to the hypothesis. It was determined through bibliography and observation how complexity and project management are linked and that they were the claim of good practice is not real. In fact, the theory of project management of a complex plan does not fit in the NextGenerationEU plan because it is focused on financial issues. The result of the analysis shows that, in order to encompass complexity, many more elements of the complex puzzle must be added and more attention must be paid to tools.

The paper starts with a section in which complexity theories and impacts on planning are summarized. Then, a discussion on the NextGenerationEU plan starts in order to find out how complexity is managed in a public administration plan. The discussion and the analysis bring us a final framework or a mind map of complexity planning.

2 Complexity and planning

A brief academic literature introduction will better explain the point of view of the present paper. The discussion on the applicability of project management models from the private sector to the public sector is not recent and has already been raised by the Organization for Economic CoOperation and Development (OECD) and by the Project Management Body of Knowledge (PMBOK) Guide that presented an extension aimed at e-Government-type projects with the objective of providing the public sector with guidance on some principles that could guide project management. (DE SOUZA; REINHARD, 2015).

Looking for international rules, the ISO 21500 is the international guideline for project management. This standard has been revised by ISO 21500:2021; ISO 21502:2020; ISO 21500:2012 and provides any type of organisation guidance for project management, including public, private or community organisations, and for any type of project, complexity, size or duration. It also provides high-level description of concepts and processes. Projects are placed in the context of programmes and project portfolios. However, the standard does not provide detailed guidance.

In order to create rules and give legal support for the development and management of complex plans, the European Union evaluates developing programs with guidelines and measures multilevel governance with the Regional Authority Index (RAI) and Measure of International Authority (MIA) datasets (EUROPEAN COMMISSION, 2021a, 2021b). These estimated the dispersion of authority. RAI

measures the authority exercised by regional, metropolitan, and indigenous governments in 96 countries. MIA estimates the authority and the policy scope exercised by 76 international organizations (IOs). The European Union also suggests PM² as the official European Commission project management methodology (EUROPEAN COMMISSION, 2018). While the methodology is suitable to any type of project, it is ideal for projects related to the public sector, EU programmes, and grants. PM² incorporates elements from globally accepted best practices, standards and methodologies and aims to improve project management competency in the EU.

The guidelines and assessment of complex system enables all European public administration, both local and central, to have a legal and management framework to develop their programs and projects such as the Brazilian PAC. In 2007, the Brazilian government implemented the Growth Acceleration of Program (Programa de Aceleração do Crescimento – PAC), with the objective of encouraging Brazil's economic growth, with investments in the areas of sanitation, housing, transportation, energy, and water resources.

This plan, according to Instituto Trata Brasil (TRATA 2103, 2016), and *Controladoria Geral da União* (BRASIL, 2017a, 2017b), also assessed that 86% of the sanitary sewage works from the PAC were paralyzed, or delayed or not started until December 2012 and several irregularities in 110 Brazilian Municipalities covered with PAC funds were found. These results show issues that are not the goal of the present paper, but they make it clear that there are problems in developing and managing complex plans and programs even in Brazil.

Moreover, searching from 2017 to 2022 with the use of Google Scholar, 3500 articles referenced ISO 21500, of which only 25 used ISO21500 and public organisation, and only 8 in Portuguese used ISO21500 and organização pública. Searching for complex project management, 210 results were found in English and only 1 in Portuguese. Hereafter some papers clarify the research on the matter.

Derakhshan, Turner, and Mancini (2019) argue, reviewing 87 articles with the main topic of project governance, mapping internal stakeholders at different levels of the organization and illustrating their relation with the external stakeholders, that these need to develop governance capabilities at both the organizational and individual project levels.

It is important to enhance communication and understanding, according to Di Maddaloni and Davis (2017), thereby involving and managing external stakeholders, in order to be able to capture the values created by external stakeholders at the project level.

Also Lins Filho (2019), in a doctoral research in which he develops an assessment and evaluation model to measure complexity, based on a study with 16 specialists and 116 professional research, and a bibliographic study of 69 papers, argues that among the major complexity factors that impact the project are mainly lack of clarity in project specifications such as: lack of leadership in the project; little project planning; low commitment of people to the quality of the project; presence of political influences in the project; budget changes and cuts in the project; trust in the people involved in the project; difficulty in the process of acquiring project information; changes to project-related information; organizational maturity level.

Finally, Rezende Denicol and Kimura (2022), in an empirical research, identified 18 main project complexity factors affecting defence projects and four new factors, in which the interdependence makes the project adapt and organise itself. As a consequence of the discussion, the team's ability to cope with all the factors analysed is challenged to adapt. Objectivity, reductionism, control, and predictability must be joined by subjectivity, systemic thinking, and adaptability, or the project team will not have the capacity to manage many interactions and elements of the project. The paper suggests that the project complexity frameworks actually used must be changed.

The definition of the two main concepts of the paper are critical: a) complexity or a configuration of components of a system that interact in multiple ways and follow local rules, leading to nonlinearity, randomness, collective dynamics, hierarchy; and b) project management or the process of leading the work of a team to achieve all project goals within the given constraints.

The problem is that there is an implication not proved with these concepts. In fact, there is the belief that by using some project tools and mainly digitalization or engineering, they could reduce complexity in project planning and managing.

There is an unsatisfying explanation of project management. A project management and its bureaucracy could be explained as the backbone of the project. Tom DeMarco and Timothy Lister (1987) view energy waste business team inefficiency as a form of entropy. Red tape as a metaphor for excessive bureaucracy or adherence to official rules and formalities is now a common jargon in business. The work approach is a consequence of what was said by the authors: "the major problems of our work are not so much technological as sociological in nature" (DE MARCO; LISTER, 1987), and this includes the conflicts between individual work perspective and corporate ideology, corporate entropy, teamicide, and workspace theory.

Thus, in order to reduce red tapes, one could use new rules and digitalization, but must be aware of the potential conflict and raising energy used to change the

culture and the organization producing red tapes. To link complexity to project management we need to first define what digitization and digitalization is and next complexity and complications of a project. The former two could be used to explain mega projects but not complexity.

Using the Oxford dictionary definitions, digitization means converting data to a digital format when digitization describes the pure analog-to-digital conversion of existing data and documents. Therefore, digitization can be efficient when the digitized data is used to automate processes and enable better accessibility. Digitization does not seek to optimize the processes, as Gartner defines it. The use of digital technologies to change a business model and provide new revenue and value-producing opportunities is the process of moving to a digital business is digitalization. With digitalization leveraging digital information one could transform a business processes by evaluating and reengineering the way to do it.

With that being said, in planning one focuses on digitalization as a form to reduce workload and bottlenecks. Another word used is complexity, which is used to differentiate the planning process from the difficulties of plan executions. A major difference between the two terms, namely complication and complexity, could be explained as the following: the word complication is used in the sense of a change that is difficult to control, so it would be the difficulty to understand the problem puzzled, but the meaning of the word complexity is used in the sense of the difficulty to understand the situation. Therefore, complexity has some solutions, namely dividing the complexity into few and mainly nodes of a web of problems, some of which are easier to solve than others, but complications have few solutions because of the difficulty achieving a solution to a problem. Two different situations, but they could be present in the same plan.

Snowden and Kurtz (2003) discussed a matrix in which it is possible to understand the level of complexity. From obvious to complicated, complex, chaotic and confusing, the framework helps to identify the perceiving situations. The idea of the so-called Cynefin framework, which was developed using the idea of habitat, is that it explains that we all have connections, such as social and geographical, of which we may not be aware. On the right matrix domains (clear and complicated), cause and effect are known or can be discovered. On the left matrix domains (complex and chaotic), cause and effect can be deduced only with hindsight or none at all.

In other words, by using the Cynefin matrix, the planners may see that there is a land of unstructured situations when, in the worst-case scenario, the planner could have no control but also no idea of the problems and, consequently, of the tools to

use. The situation is complex and complicated. These wicked situations are not the complex domain itself but the situation in which all domains must be managed at the same time. This is the center of the matrix and it can be called confusion.

If we try to understand the relation between digitalization and complexity because it seems as if digitalization could reduce complexity and confusion, and even complication, there is a belief that digitalization reduces workload and complexity. In this sense, reducing workload and complexity with digitalization is good and could be included as one of the goals of a plan. It could also be included in a plan to minimize the energy spent without digitalization. This cause-effect is not proved. And it is a confusing situation, and even if there is one, it is not erased from the plan.

Moreover, the relationship between complexity and planning, passing or not through digitalization, needs a methodology to manage the situation. Whatever method, agile or structured, is used to develop and implement plans for a project and its following plan to execute, it is always something unique and follows a formalized process. As a general definition, the process is a step-by-step implementation divided into a starting phase, planning, implementation, and the ending phase before the end of the project (PMBok, 2021). The control and monitoring phases are developed from the planning until the end phase (called closing), to assure the plan is implemented following a structure and to reach all objectives. The synergy between phases and people must be complete and performed with many tools and with a responsible party or few facilitating experts.

Sometimes the project coordination and control may underestimate the ending phase of a single sprint in an agile performance or the final and ending phase of a structured project. Several little issues are sometimes left to the next step and they accumulate similarly to that of the famous butterfly effect in Chaos Theory (LORENZ, 1972). In other words, in a complex plan, the sensitive dependence on initial conditions in which a small change in one state of a deterministic nonlinear system can result in large differences in a later state.

Chaos Theory became popular with weather model studies in the 70's of the 20th century. Among other scholars, Edward Norton Lorenz (1972) noted there is an effect derived from the details of a tornado being influenced by minor perturbations. Then, in an attempt to explain the problem, a poetical example was created such as a distant butterfly flapping its wings days or weeks prior to starting the air perturbations.

Structured planning suffers most from the changes, until the start, like a bullet with a wrong direction, but also agile planning cannot perform a good hit with a wrong initial direction and even a sub-optimal solution. Chaos considerations and theories must be useful in a complex plan and must be well considered before starting.

Among recent works using a complex approach to plans, as a quantitative approach, Jussi Rintnen (1999, 2004) shows that: “for conditional planning with partial observability, a problem of testing existence of plans with success probability 1 is 2-EXP-complete”.

Sophie Yates and Helen Dickinson (2021) underline that wicked problems are to be resolved within contingent phenomenon and poly-centric governance arrangements. In this process, the authors show integration complexity theory and methods with a focus on system levels of governance trying to harness complexity.

Lowe *et al.* (2021) stress an alternative model of public management termed the Human Learning Systems (HLS). Following the presentation, HLS appears to have provided a language for expressing shared practices. It has sparked sharing among organizations pursuing complexity-informed and collaborative practices because acts as a connective framework in this complex context overlapping the limitations of the current methodological orthodoxy (MOWLES, 2014; OECD, 2017).

As a method to handle the complex plans, European Union seeks to use a unified method called PM² (EU 2018), this in many ways recalls and derives from PMI project management, the waterfalls, and the structured way to manage projects and portfolios. It includes also the use of the agile method. It is a hybrid yet more structured than agile.

Many of the PM² best practices can be applied to any type of project or work activity and the whole PM² methodology is in managing projects and includes: a project (i.e., not operations, not a work activity, not a program etc.); has a duration of more than 4-5 weeks, with more than 2-3 people involved; runs within an organization and can be subject to internal or external audits; requires a clearly defined governance structure, assigned roles, and responsibilities; requires approval of its budget and scope; includes more than just construction/delivery activities; includes transition and business implementation activities; requires a certain level of documentation, transparency, and reporting; requires a certain level of control and traceability; has a broad base of internal (and external) stakeholders; may require the collaboration of several organizations, or several organizational units.

From the not structured complex plan managing to the use of the logical framework, the approach is familiar to those working in international development.

Nowadays, the program theory is known as the theory of change following Vogel (2012) and it was “influenced by the seminal practical guidelines, ‘The Community Builder’s Approach to Theory Development’ that was developed by Anderson (2005) as part of the Aspen Institute’s 1990s initiative that involved evaluators and community development programmers in applying program theory concepts to the evaluation of complex community initiatives” (CONNEL; KUBISCH, 1988). Organizations working in international development have found that the theory of change is a useful approach for exploring and clarifying planning in a particular context, so the theory is used as an integrated project cycle for planning, monitoring, and evaluation framework. In particular, the theory focuses on the pre-planning stages of scoping and strategic analysis, design, and planning before implementation.

Key points of the theory of changes are: a) context, actors, and a sequence of logically-linked events leading to long-term change in a complex plan; b) the types, scope, and level of detail and evaluators reflecting different purposes and needs; c) flexible thinking tool than current logical framework approaches (VOGEL, 2012, p.17).

Finally, some academics such as Fernandes et al (2018) argue that the hybrid PM approach is a better solution to complexity plans. The hybrid PM is based on the contingency theory following Fiedler (1993), who proposes a set of must have 24 well-known PM practices to assure the governance of the program. In Fernandes’s paper, these PM practices are in table 2 (FERNANDES *et. al.*, 2018, p. 811), divided into four phases: project initiation, project initial planning, execution, monitoring and control and re-planning, and, lastly, project closure. Also, agile methods were recently criticized by Suryaatmaja *et al.* (2020) for presenting concepts that combine human-centric aspects and knowledge management to improve the learning in the organization.

At last, following the list of the project management method illustrated thus far, a governance for complexity plan was reported by PMI (PMI, 2013) as the competencies to manage complex projects such as: a) create a culture of the project and program management with engaged project sponsors; b) assess and develop talent with a focus on fostering leadership skills; c) communicate effectively with all stakeholder groups. The way forward is to transform complexity into craftsmanship as Italians did in Italy’s design process.

Decreasing complexity from a risk control leads to considering the following three action paths: a) decreasing the number of contributors and the number of levels/ranks of contributors; b) minimizing their interdependencies, both in number

and in criticality; c) increasing the level of control over the contributors to improve their alignment.

A way to reduce the complexity of governance using leadership could be either by reducing the number of stakeholders, or interdependencies between them and minimizing natural variability of delivery by involving experienced contributors and/or using technology tools. Thus, complexity governance is a step before portfolio governance and must be checked with a survey of how well was complexity communicated throughout the team (and in this case all of the Italian public administration).

In the following summary table, three main complex planning approaches discussed above are provided for an orientation to the analysis on the NextGenerationEU plan. Again, the reason why the discussion of this plan is a case is not for it being a specific target of critics because, as far as we know, it difficult even nowadays for corporations to find a best practice of portfolio and complexity plan managing.

In the table, there is a definition of complexity of the main practice detected, the governance of the complexity, and main tools or manual references to implement complexity management.

Table 1 - Definition of complexity, governance and tools of the complexity

Methods	definition of complexity	governance	tools
PMI	Booz Allen Hamilton identifies complexity in projects as “the exponential increase in ambiguity surrounding stakeholder expectations, especially regarding the certainty of program outcomes and schedules.	Human behavior - System Behavior - Ambiguity	PMI Navigating Complexity: a Practice Guide (2014)
PM²	not defined	Project manager expertise using Portfolio management and agile tools	A Value versus Complexity Matrix is a prioritization tool used to rank a set of project needs within a portfolio to achieve a final objective most efficiently.
AGILE Method	No definition - Agility is a way of creating software empirically. Instead of predicting the future, teams learn why, what, and how they need to do something while they go along. Therefore agility is a concept of reducing complexity by breaking down large works into small manageable units.	Use of agile main principles and hybrid theories and/or theory of change	In the most important and popular frameworks Scrum, Holacracy, or Kanban, this concept was revisited. Organizations make sense of a complex environment by making the future as predictable as possible.

Source: the author (2022).

3 NextGenerationEU

This chapter presents the case of how NextGenerationEU presents great problems and increases entropy. The planning process started in 2018. The EU long-term budget and the proposal of a NextGenerationEU plan were explained on 2 May 2018. The framework proposal was followed by legislative proposals for the 37 sectoral programs (e.g. cohesion, agriculture, Erasmus, Horizon Europe, etc.). After the pandemic crisis caused by Coronavirus, on 27 May 2020, the European Commission proposed the NextGenerationEU plan as a temporary recovery instrument, which has targeted reinforcements to the long-term EU budget for 2021-2027. On 21 July 2020, EU heads of state or government reached a political agreement. This was approved on 10 November 2020 by the European Parliament and the Council. On 10 December 2020, the EU Member States Governments agreed with the adoption of the MFF Regulation and the Own Resources Decision, at the level of the Council. After that, on 17 December 2020, the Council indeed decided to adopt the next long-term EU budget for the period 2021-2027. At last, on 18 December 2020, the European Parliament and the Council reached an agreement on the Recovery and Resilience Facility to start the NextGenerationEU (EU 2021c, 2021d).

The legal basis of the Council are historical (EUROPEAN COUNCIL, 2022). Following the Copenhagen summit in December 1973, which made provision for summits to be held whenever necessary, the Paris summit of December 1974 creates the European Council with the intention of establishing an informal forum for discussion between heads of state or government. The European Council acquires a formal status in the Treaty of Maastricht. After the reform of the Treaty Lisbon, the structure started functioning. It extends the use of qualified majority voting at the Council, which becomes a fully-fledged institution with its own President. The role was played by the head of state or government of the member state holding the rotating presidency of the Council of the EU.

The legal basis of the NEXTGenerationEU as a plan was built along these regulations:

- Recovery and resilience scoreboard;
- Device for recovery and resilience;
- Regulation on the device for recovery and resilience;
- Delegated Regulation (EU) 2021/2106 establishing the Recovery and Resilience Facility, common indicators and detailed elements of the Recovery and Resilience Scoreboard;

Delegated Regulation (EU) 2021/2105 establishing the mechanism for recovery and resilience, defining a methodology for the reporting of social expenditure;

The proposed architecture for extraordinary financing is based on three pillars:

- the own resources decision authorizes the full amount of the loans taken out to be used for exceptional expenditure and for loans disbursed to Member States. These amounts are not entered in the Union budget. The decision also organizes the reimbursement of the amounts used for expenditure under the future Multiannual Financial Framework (MFF). The reimbursement will be entered in the Union budget in the year in which it is made (starting from 2028 and until 2058);
- the recovery instrument based on Article 122 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) identifies recovery measures and allocates borrowed funds to various Union programs for this purpose;

Union programs receive the resources and define the rules for their implementation.

So that the extraordinary expenditure follows the European TFEU, the recovery instrument is based on Article 122 of the TFEU, which provides for the possibility of taking extraordinary measures in crisis situations as an expression of solidarity between member states. The use of this legal basis is necessary to derogate from the Treaty rules, which would not allow the financing of such large amounts, in addition to the Union budget and outside the annual budgetary procedure. This is justified only in the circumstances determined by the current crisis.

The Union is empowered to equip itself with the means necessary to achieve its objectives (Article 311, first paragraph, TFEU). The financial means of the EU derive mainly, but not exclusively, from its own resources (Article 311, second paragraph, TFEU, EUROPEAN UNION, 2012). The Union already takes on liabilities linked, for example, to loans granted to provide financial assistance to Member States and third countries, or to budgetary guarantees, including market operations. Borrowing for crisis-related expenses would simply represent taking on a new type of liability.

According to the principle of budgetary discipline (Article 310, fourth paragraph, TFEU), Union actions can be financed within the limits of the multi-annual financial framework (MFF) and its own resources. The Treaty also obliges the institutions of the Union to ensure compliance by the Union with its financial obligations towards third parties (Article 323, TFEU). The borrowing liability is

therefore only eligible if the Union is able to repay the loans, including interest. Article 310 of the TFEU states that:

[the] implementation of expenditure entered in the budget requires the prior adoption of a legally binding act of the Union, which provides a legal basis for its action and the implementation of the corresponding expenditure in accordance with the [Financial] Regulation. (EUROPEAN UNION, 2012).

The own resources decision is a "legally binding act of the Union", as defined in Article 2 of the Financial Regulation.

The European Union Recovery Instrument supports the recovery in the aftermath of the COVID-19 crisis. The first article of the instrument states that:

[...] to support the recovery in the aftermath of the COVID-19 crisis, this Regulation establishes that the European Union Recovery Instrument shall in particular finance the measures presented below to tackle the adverse economic consequences of the COVID-19 crisis or the immediate funding needs to avoid a re-emergence of that crisis. (EUROPEAN UNION, 2012).

The Regulation legal basis is the Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility, in accordance with Articles 120, 121, 174 and 175 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU EUROPEAN UNION, 2012).

However, NextGenerationEU was made to be more than a recovery plan. It was defined that the President is the head of the European Commission. The President decides on the organization of the Commission and allocates portfolios to individual Commissioners, as a turning point as it stressed sustainable development goals. Europe ought to become the first climate-neutral continent by 2050 reducing greenhouse gases to the level ecosystems can naturally absorb them (EU 2021c, 2021d).

As was explained by Delgado (2021), Spurga (2021) and Perspective of Federalism (2021), the NextGenerationEU is a complex plan that has an impact all over Europe. Three pillars are the basis of the plan: 1) support Member States with investments and reforms; 2) kick-starting the EU economy by incentivizing private investments; and 3) address the lessons of the crisis. The Plan focuses on investment in environmentally-friendly technologies, rolling out greener vehicles and public transport, and making buildings and public spaces more energy-efficient (EU 2021c, 2021d).

NextGenerationEU ought also to improve water quality in rivers and seas, reduce waste and plastic litter, plant billions of trees and bring back the bees by creating green spaces in our cities, and increase the use of renewable energy to make farming more environmentally friendly so food is healthier. The EU will be a leader in climate action encouraging everyone to do their part by taking public transport or biking, eating more vegetables and less meat, buying secondhand, recycling, and reusing.

In Europe, the aim of NextGenerationEU is to be able to connect everywhere with 5G and EU-wide ultra-fast broadband, receive a digital identity (eID), making it easier to access online public services and giving people more control over their personal data. Furthermore, cities must become smarter and more efficient, making online shopping more secure, developing artificial intelligence and improving healthcare, transport, and education.

As the pandemic impacted all of our lives, many have suffered illness or bereavement and others have lost jobs or income. NextGenerationEU wants “to encourage young people to study science and technology, which opens doors to the green and digital jobs of the future” (EU, 2021), by supporting further education and apprenticeships, and offering loans and grants to young entrepreneurs. Another strategic pillar is to celebrate diversity in all its forms, fight against racism and xenophobia, promote gender equality and women’s empowerment, protect the rights of the LGBTQIA+ community and combat discrimination by strengthening the EU law so that it covers all forms of hate speech and hate crime.

Equality also implies that economic and social opportunities are provided for all,

[...] by boosting employment opportunities for people with disabilities, as well as for those living in rural, remote, or disadvantaged areas; helping more people get decent, adequate housing. And there is investing in inclusive education for children, whatever their background, situation, or special needs. (EU, 2021).

This remarkable view of development that recalls UN’s SDG will be implemented with an agreement to invest EUR 2.018 trillion in current prices. The EU’s long-term budget, coupled with NextGenerationEU, the temporary instrument designed to boost the recovery, will be the largest stimulus package to ever be financed in Europe.

Total figures of the NextGenerationEU for multiannual Financial Framework 2021-2027 and the NextGenerationEU total allocations are as following:

Table 2 – NextGenerationEU total allocations

Allocation	per heading MFF	NextGenerationEU
1 Single market, innovation, and digital	€149.5 billion	€11.5 billion
2 Cohesion, resilience, and values	€426.7 billion	€776.5 billion
3 Natural resources and environment	€401 billion	€18.9 billion
4 Migration and border management	€25.7 billion	-
5 Security and defence	€14.9 billion	-
6 Neighbourhood and the world	€110.6 billion	-
7 European public administration	€82.5 billion	-
TOTAL MFF	€1 210.9 billion	€806.9 billion

Source: the author, from NextGenerationEU (2021).

The Recovery and Resilience Facility is the central piece of the NextGenerationEU with €723.8 billion in loans and grants available to support reforms and investments undertaken by EU countries. The plan has a dual purpose: to mitigate the economic and social impact of the coronavirus pandemic and make European economies and societies more sustainable. Added to these actions, there is a Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe (REACT-EU) that in the NextGenerationEU includes €50.6 billion.

4 Analysis results

It is possible to perform a detailed analysis of every Member State's resilience plan that is the unfolding of the NextGenerationEU. In sum, we can consider every plan as a part of a portfolio of plans in Europe. However, in this analysis, we assess the European control room as designed using the internet and official documents. In order to assess complexity inclusion in the plan, we particularly seek how governance was defined. The governance explanation will show the connection and the complexity assessment using as a reference the Method of Project Planning. Great attention was put into granting funding to the plan, since the strategic objectives were defined as a wide range of interventions. During its implementation, complexity was stressed.

We reaffirm that an assessment thereafter is only about the complexity of implementation because politically the Next Generation EU recovery plan is an

ambitious project associated with risk. The main concern of the plan was to focus on Member States that want to benefit from the NGEU recovery project or benefit from European funds. Some of these have some governmental corruption and/or fail to comply with the rule of law. It causes great dissatisfaction among people and a negative political assessment of the EU administration when disbursing EU funds where there is a lack of effective mechanisms to enforce the rule of law and efficiency of the whole Public Administration.

More than complexity, the plan faces a political dilemma: some EU governments are against compromise and refuse to fund other EU members that do not follow the rule of law. An ambiguous position exists when a member enters the European Union but afterwards does not follow European Rules.

Politically there are few options. One is the possibility of adopting the new mechanism and the EU recovery plan, deciding to hold the entire budget to ransom, including the COVID-19 recovery plan, and defining the complexity into more than three pillars: education, training and research; health, digitalization and innovation; green revolution and ecological transition; mobility infrastructure, social inclusion and cohesion.

The governance of disbursements, as was said in the European Council conclusions, between 17 to 21 July 2020, was an assessment of the “satisfactory fulfillment of the relevant milestones and targets”(EUROPEAN COUNCIL, 2020). This deal was symbolically surpassed by two historic taboos of the European integration: large sized issuance and opposition to explicit fiscal transfers across countries. Politically, the NextGenerationEU is a step forward to integration. In this view, the plan is a first pilot of a highly complex plan that could be reiterated further on. No doubt the mandatory political step was urging to develop rapid political and technical responses. In this sense, again, we argue the engineering part and particularly planning is weak.

Following this logic and the de la Porte C and Jensen’s (2021) analysis, the main obstacle to dealing with complexity is the stakeholder’s behavior. The authors explain why the European compromise remains fragile due to different political expectations about its future direction. The fiscal dimension conflict on how to use funds is centered on the pending approval of recovery and resilience plans of each country. We can say that reducing it at a central level is a good way to deal with complexity. However, there is no orientation rule if the plans or the total output of the plan is not in line with what is expected. The NextGenerationEU governance

plan states that every national resilience plan will be assessed and monitored by the Commission, and we estimated that it is currently devised.

The requirements for rule-of-law plans are mainly focused on corruption associated with the use of funds and less on fundamental rule-of-law requirements, which are still open to interpretation but are not a real union. It implies that the wicked problems, i.e. having no objectives and no tools to use, are for real when the final results could be discussed in every step of the plan.

The authors report, too, the possibility of creating a culture of project and program management with engaged project sponsors and common objectives. As reported, it has to be one of the features of the complexity plan management. In all forms of managing complexity, the governance seems to focus more on the NextGenerationEU plan as a financial plan, than as a complex project. The analysis carried out the redistributive effects between Member States, induced by the plan. The governance again is activated by European Commission and is made possible by the use of the MFF. Thus, the international financial crisis had focused the EU governance on the decisions of the European Council.

Again, on the top of European decision, we found two milestones of the EU community method that must be built on adequate beneficiary strategies and are ready to specify the set of projects and their implementation steps between 2021 and 2024. Following Buti and Messori (2020), even if we focus on financial matters, access to the relevant resources by countries would be easy. Such an access would require at least a preventive strategic destination of the resources through the specific programs included in the plan following the European objectives. The translation of this strategy into projects must be implemented in constrained periods; the implementation of effective transfer of the different flows of resources to their final beneficiaries must happen in the short time required to perform tasks.

The governance and monitoring of the plan has the performance-based nature of the Recovery and Resilience Facility (RRF). RRF funds are disbursed when the Member States have fulfilled key steps in the implementation of the reforms and investments included in the recovery and resilience plans. These key implementation steps are referred to as milestones and targets. These phases claim to be effective and efficient, too. But being effective does not mean that the complexity is managed and controlled, because the complexity is neither managed in the periodical reports of each country nor in a report of the European Union as a whole.

As far as we know, the complexity we talk about as a complete management of dimensions is translated into a complex managing of key performance to trigger or boost funds to support Member states' plans. In other words, the complexity in the plan refers to portfolio management of investments and return on investment. That is we can call a bankers complexity management or risk management that is certainly effective, but it is not strictly linked to planning complexity because it encompasses only the financial and fiscal dimensions.

To conclude, the research developed a mind map exercise to summarize the different dimensions linked to the complexity of the NextGenerationEU plan, where there clearly is a gap between the claims of complexity attention and the practical tools developed and used to fill it.

In the figure below, one can see that the funding and the impacts that are the focus of the plan, in our interpretation, are part of the picture but not the center of complexity. Therefore, there is, as was defined in the introduction, a gap between the meaning of complexity, the complex, and risk management when the discussion is planning and implementing the plan.

Furthermore, strategies and political choices are far from the present discussion because we have the framework somehow decided. The problem is the state of the management plan, which confirms the misunderstanding about complexity, digitalization, and funding. Digitalization and funding are not the answer to achieving these results because the challenge is complex. The more complex the plan is, or the more investments and reforms we need to develop in each country, especially for those with corruption and inefficiency, the more energy we need to change the actual situation. Funds and digitalization could help but are not the motor of the change. There is no dimension we need to stress but culture, skills, and contingency of self-made tools.

Figure 1 – Complexity Mindmap



Source: the author(2022).

In the figure above, Complexity Plan is in the center of the mind map. In this light, the blue area is considered the European political framework and governance as a dimension of complexity. It is easy to know all the rules, and the European Members States are formally and legally communicated. The wide legislation is difficult to read and to be understood by nonspecialists. As a result, the right blue area needs law specialists, when a team is built to work with this complexity. A color that defines another dimension is gold or yellow. This is the part in which technical and soft skills are required not only to plan but especially to implement plans.

This is a core complexity management area. The problem with this dimension is the fact that impacts are not directly measurable depending on methods and the amount of investment and resources. The supposed cause-effect link depends on complexity level and knowledge. Not only a KPI would be incorrect if taken alone, but it will mean nothing if impacts are not perceived by European citizens, which is why the green dimensions are the ones of greatest interest since they determine the level of complexity. The fewer goals and contents (pillars) contribute to better impacts. Obviously, in a complex case, such as a recovery and resilience plan, goals cannot be reduced or single shots. However, this is exactly what complex management suggests: reducing the complexity and trying to figure a convergency-base implementation instead of a perform-based implementation.

This is the reason why at the beginning of the introduction the paradox of entropy or the increasing energy is mentioned. It may sound odd to say that the NextGenerationEU is claimed to be the greatest financed plan ever, but it seems the funds and the energy included in the plan have to be reevaluated. It is possible that, in the face of such goals, the resources, even the human ones, are not the ones needed. From another perspective, the limit time set for the plan is too short compared to the resources engaged. A good way to confirm this affirmative is the complexity/value matrix that would have been completed with the PM² method for the NextGenerationEU.

These results are interesting for legal advisors or legal consultancy firms because the legal management of complexity is a forgotten dimension in the planning of complex plans. In other words, it is likely that, during such plan implementations, there will be complaints or legal issues to be negotiated. One can imagine, for instance, the contract management of many consultants and their performances, which is also an issue of labour legal framework, or the intellectual rights of deliveries of the project. Nevertheless, having a great legal consultancy working in such plans is an asset for public administration reforms since digitalization or an organizational reform must pass through administrative rules and ministerial ordinances.

In this sense, the legal consultancy must be added to the discussion above to support local and international governance, especially for plans, such as the NextGenerationEU, that are strictly linked to public administration changes and efficiency. Keeping legal consultancy as an asset is necessary not only when plans are decided by the political government, but also before deciding to use a legal pre-assessment and a legal risk matrix. This matrix must consider costs and benefits facing the legal national framework and the responses duration or bottlenecks due to complaint when compliance brings all or part of the plan to face judgments.

5 Conclusion

As was shown above, the NextGenerationEU plan does not use a full methodology for complex project management, but it is a complex plan and faces a sort of confusion when there is complexity and complication in the same plan, not well separated. The failure of finding complex managing tools, especially digitalization, and the confirmation that complexity is not reduced by tools, implies a greater effort and new tools to become available, but does not imply that a Member State will not use or will not want to use project manager tools when developing national resilience

plans. This was proved because the plan is virtually decentralized, in accordance with the expected results announced in the introduction, turning NextGenerationEU into a sort of portfolio management and not a complex plan management.

Research could be carried out in every country with a recovery and resilience plan approved. What is certain at this point is that only the communication of the program includes the concept of complexity because it is politically correct.

In addition, it is clear that in the European plan, if the stakeholder's goals and all divisions had been solved with pragmatic solutions, or to converge on objectives, these would be in conflict. The conflict arises when putting together the three pillars defined in the plan¹ because, as we know, it is necessary to combine mitigations and distributions of social, economic, and environmental impacts locally and globally. They had to be planned before converging when the pre-plan by country was made. In this pre-judgment, legal assessment and control is important.

A significant result of the discussion and a main constraint in Public Administration complex project planning is the enforcement of a strong legal control. Considering NextGenerationEU as the new frontier and pilot of future complexity plans all over the world, and looking for a new Brazilian PAC in the future, we argue that there is much to work on managing complex plans. We outline, as the main conclusion, the integrated presence of a legal advisor or auditor as a plus of a good plan, so that the control itself is immediate and not postponed. The legal audit process and a solid administrative law perimeter are priorities of complex public plans not only to slow the process, but to grant them and encompass all stakeholders.

In accordance with Hausman et al. (2021), in their analysis of Greece, in a word, we had better call the NextGenerationEU as a bankers' plan than a resilience/sustainable development plan. In fact, there are differences between countries such as: a) the size of the package; b) the balance between grants and loans; c) the mutualization of debt. In other words, there are multiple allocation mechanisms and different financial instruments for individual Member States (BACHTLER; WISHLADE, 2020).

According to Bachtler and Wislade (2020), fast spending does not always equate to effective or regular spending, and there are concerns on accountability that are amplified with the recovery instruments, especially if undertaken with plans that are not easy to track. Very little was done to avoid the risk of summarizing

1 Namely 1) Support to the Member States with investments and reforms, 2) Kick-starting the EU economy by incentivizing private investments, and 3) Addressing the lessons of the crisis.

the whole plan as a huge financial transfer to reduce the gap between rents and average GNP in Europe.

Poor tools were developed to assure an effective social and environmental performance assessment and monitor impacts. The plan was willing to explain that all, citizens, public organizations and civil organizations have the chance and the duty to act and perform activities of the plan. Unfortunately, it is very difficult to understand from the figures and the explanations how and why citizens would have the motivation and tools to participate when the plan is a top-down decision and a financial arrangement between Member States.

6 References

BACHTLER J, Mendez C and WISHLADE F (2020) **The Recovery Plan for Europe and Cohesion Policy**: An Initial Assessment, European Regional Policy Research Consortium Paper 20/1, European Policies Research Centre, Glasgow and Delft. Available at: https://eprc-strath.org/wp-content/uploads/2021/09/EPRC_EoRPA20_1_THE-RECOVERY-PLAN-FOR-EUROPE-AND-COHESION-POLICY_-AN-INITIAL-ASSESSMENT.pdf. Accessed on: 8 Oct. 2022.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Auditoria e Fiscalização**. Brasília, 2017a. Available at: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao>. Accessed on: 25 Sept. 2022.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos**. Brasília, 2017b. Available at: <https://auditoria.cgu.gov.br>. Accessed on: 16 Oct. 2022.

CENTRO STUDI SUL FEDERALISMO. **Perspectives on Federalism**, n. 1, v. 13, 2021. Available at: http://webarchive-2009-2021.on-federalism.eu/attachments/004_PoF_2021_Vol.13-1-full-issue.pdf. Accessed on: 8 Oct. 2022.

DE LA PORTE, C.; JENSEN, M. D. The next generation EU: an analysis of the dimensions of conflict behind the deal. **Soc Policy Adm.**, n. 55, p. 388-402, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1111/spol.12709>. Accessed on: 16 Oct. 2022.

DEMARCO, T.; LISTER, T. **Peopleware**: productive projects and teams. New York: Dorset House Publishing, 1987.

DERAKHSHAN, R.; TURNER, R.; MANCINI, M. Project governance and stakeholders: a literature review. **International Journal of Project Management**, v. 37, n. 1, p. 98-116, 2019, ISSN 0263-7863 DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2018.10.007>. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0263786317313030>. Accessed on: 31 Oct. 2022.

DICKINSON, H.; YATES, S. From external provision to technological outsourcing: lessons for public sector automation from the outsourcing literature. **Public Management Review**. DOI: 10.1080/14719037.2021.1972681.

DIGITALIZATION. *In*: Gartner GLOSSARY. Available at: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/digitalization>. Accessed on: 9 Oct. 2022.

DIGITIZATION. *In*: Oxford Advanced Learner's DICTIONARY. Oxford University Press. United Kingdom. Available at: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/>. Accessed on: 9 Oct. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Guidance and methodological resources**. 2021a. Available at: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/evaluations/guidance/#1. Accessed on: 5 Oct. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **ISA²** - Interoperability solutions for public administrations, businesses and citizens. 2018. Available at: https://ec.europa.eu/isa2/solutions/open-pm2_en/. Accessed on: 5 Oct. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Performance, monitoring and evaluation of the European Regional Development Fund, the Cohesion Fund and the Just Transition Fund in 2021-2027**. 2021b. Available at: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/evaluations-guidance-documents/2021/performance-monitoring-and-evaluation-of-the-european-regional-development-fund-the-cohesion-fund-and-the-just-transition-fund-in-2021-2027. Accessed on: 5 Oct. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **The EU's 2021–2027 long-term Budget and NextGenerationEU**: facts and figures. Directorate-General for Budget, 2021c. Available at: <https://data.europa.eu/doi/10.2761/808559>. Accessed on: 5 Oct. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **The EU's 2021–2027 long-term Budget and NextGenerationEU**: facts and figures. 2021d. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3e77637-a963-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en>. Accessed on: 5 Oct. 2021.

EUROPEAN COMMISSION CENTRE OF EXCELLENCE IN PROJECT MANAGEMENT (CoEPM2). **The PM2 Project Management Methodology Guide**. 3.0 Current Edition: The PM2 Guide v3.0, December 2018.

EUROPEAN COUNCIL. **Special European Council**, 17-21 July 2020. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2020/07/17-21/>. Accessed on: 16 Oct. 2022.

EUROPEAN COUNCIL. **History**. Last reviewed on 6 Oct. 2022. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/history/?filters=2031>. Accessed on: 16 Oct. 2022.

EUROPEAN UNION. **Treaty on the functioning of the european union** – TFEU. EUR-Lex. Official Journal C 326 26 Oct. 2012. Available at: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj. Accessed on: 16 Dec. 2022.

FERNANDES, G.; MOREIRA, S.; ARAÚJO, M.; PINTO, E. B.; MACHADO, R. J. **Procedia Computer Science**, n.138, p. 805-814, 2018.

HAUSMANN, Ricardo; SANTOS, Miguel; MACCHIARELLI, Corrado; GIACON, Renato. **What Economic Complexity Theory Can Tell Us about the EU's Pandemic Recovery and Resilience Plans**. August 30, 2021. Available at: <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2021/08/30/what-economic-complexity-theory-can-tell-us-about-the-eus-pandemic-recovery-and-resilience-plans/SSRN>. Accessed on: 8 Oct. 2022.

KOEHLER, J.; KOENIG, S. (ed.). **Proceedings of the Fourteenth International Conference on Automated Planning and Scheduling**, ICAPS 2004345–354. AAAI Press. Available at: <https://ojs.aaai.org/index.php/aimagazine/article/view/1789>. Accessed on: 20 Jun. 2022.

KURTZ, C. F.; SNOWDEN, D. J. The new dynamics of strategy: sense-making in a complex and complicated world. **IBM Systems Journal**, 2003. v. 42.

LINS FILHO, M. L. **Um modelo de classificação da complexidade de projetos para o setor público brasileiro**. Tese de Doutorado MCCP-PUB/BR, 2019.

LORENZ, E. N. **Predictability**: does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas. American Association for the Advancement of Science, 1972.

LOWE, T.; FRENCH, M.; HAWKINS, M.; HESSELGREAVES, H.; WILSON, R. New development: responding to complexity in public services – the human learning systems approach. **Public Money & Management**, n. 41, v. 7, p. 573-576. DOI: 10.1080/09540962.2020.1832738.

MARCO, B.; LUISS, M. **NEXT GENERATION EU**: an interpretative guide policy. Brief n. 29/2020, School of European Political Economy.

MOWLES, C. Complex, but not quite complex enough: the turn to the complexity sciences in evaluation scholarship. **Evaluation**, n. 20, v. 2, p. 160-175, 2014.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, OECD. **System approaches public sector challenges**: working with change. Available at: <http://www.oecd.org/publications/systems-approaches-to-public-sector-challenges9789264279865-en.htm>. Accessed on: 10 Jun. 2022.

PETERSON, S. SHENOI (ed.). **Advances in Digital Forensics XI**, IFIPACT 462, p.45-59, 2015. DOI: 10.1007/978-3-319-24123-4_3. Chapter 3 Using YIN'S approach to case studies as a paradigm for conducting examinations. OYELAMI O., OLIVIER M. p. 45-59. 2015.

PMI – PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **A Guide to the Project Management Body of Knowledge** 6. ed. Project Management Institute, 2021.

PMI – PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **PMI's Pulse of the Profession In-Depth Report: navigating complexity**. September, 2013.

RINTANEN, J. Constructing Conditional Plans by a Theorem-Prover. **Journal of Artificial Intelligence Research – JAIR**, n. 10, jair., 2011. Available at: <https://jair.org/index.php/jair/article/view/10230>. Accessed on: 20 Jun. 2022.

RINTANEN, J. **Complexity of Planning with Partial Observability**. In: ICAPS. 2004. p. 345-354.

SPURGA, S. **Joint debt arrangements in EMU: from NextGenEU to Eurobonds**. Vilnius: Lietuvos Bankas. 2021. Available at: https://www.lb.lt/uploads/publications/docs/29754_192aa6fea13542770056b67e83fbdda3.pdf. Accessed on: 8 Oct. 2022.

SURYAATMAIA, K., WIBISONO, D., GHAZALI, A., FITRIATI, R.. **Algrave Communications** | 6:8 | DOI <https://doi.org/10.1057/s41599-019-0384-9>. Available at: www.nature.com/palcomms. Accessed on: 10 Jun. 2022.

TRATA – Instituto Trata Brasil. **Acompanhamento do PAC Saneamento em 2012** análise comparativa com 2009, 2010 e 2011. São Paulo, 2013. Available at: <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/deolhonopac/relatorio-de-olho-no-PAC-2013.pdf>. Accessed on: 25 Sept. 2017.

TRATA – Instituto Trata Brasil. **Relatório – 7 anos de Acompanhamento do PAC saneamento: 2009 a 2015**. São Paulo, 2016. Available at: http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/de-olho-no-pac/2016/relatorio.pdf?pdf=Relatorio-Completo_De-Olho-No-PAC-16. Accessed on: 9 Oct. 2017.

VOGEL, I. Review of the Use of 'theory of change' in International Development. **Review Report**, 2012, Department for International Development. Available at: https://www.theoryofchange.org/pdf/DFID_ToC_Review_VogelV7.pdf. Accessed on: 9 Jun. 2022.

YIN, Robert K. **Case study research: Design and methods**. 4th edition p.cm. (applied research methods vol. 5.) ISBN 978-1- 4129 – 6099-1. Sage, 2009. Available at: https://books.google.it/books?hl=it&lr=&id=FzawIAdilHkC&oi=fnd&pg=PR1&ots=L_402biWYv&sig=5UcfOhrKqN_vjdhPVFgO1YFL_Wc&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Accessed on: 30 Nov. 2022.

Artigos



3

Direito fundamental à proteção de dados pessoais: necessário reprimir a normatividade tecnológica da economia digital

CAIO SPERANDÉO DE MACEDO

Doutor em Filosofia do Direito (PUC-SP). Mestre em Direito do Estado (PUC-SP).
Professor de Direito da Sociedade da Informação da Pós-Graduação (UniFMU/SP).

Artigo recebido em 9/5/2022 e aprovado em 3/10/2022.

SUMÁRIO: *1 Introdução • 2 A ascensão da economia digital • 3 A proteção de dados pessoais como direito fundamental • 4 Diálogo das fontes • 5 Elo entre proteção de dados pessoais e Direito Ambiental • 6 Conclusão • 7 Referências.*

RESUMO: Analisa-se a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo por objetivo problematizar as externalidades da economia digital que implicam restrições às liberdades, à autodeterminação informacional e à privacidade do cidadão decorrente do tratamento massivo de dados pessoais. A relevância temática consiste em reconhecer a vulnerabilidade do titular de dados pessoais e da sociedade, em um cenário de assimetria informacional, ensejando a utilização de instrumentos da tutela coletiva e vetores de Direito Ambiental, notadamente o princípio da ubiquidade, para que políticas públicas, atuação regulatória ou legislação referente ao ecossistema de proteção de dados pessoais sejam interpretados de forma a reprimir a normatividade tecnológica da economia digital. A pesquisa fez uso do método indutivo e embasou-se em análise cotidiana e na revisão bibliográfica, avaliando doutrina nacional e estrangeira, bem como a Lei nº 13.709/2018 e diretrizes da normativa europeia – Regulamento (UE) nº 2016/679.

PALAVRAS-CHAVE: Assimetria Informativa • Diálogo das Fontes • Direito Fundamental • Normatividade Tecnológica • Proteção de Dados Pessoais.

Fundamental right to the protection of personal data: necessary to repress the technological normativity of the digital economy

CONTENTS: 1 Introduction • 2 Rise of the digital economy • 3 Protection of personal data as a fundamental right • 4 Source dialogue • 5 Link between personal data protection and Environmental Law • 6 Conclusion • 7 References.

ABSTRACT: The protection of personal data is analyzed as a fundamental right in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and to problematize the externalities of the digital economy that imply restrictions on freedoms, informational self-determination and the privacy of the citizen resulting from massive treatment of personal data. The thematic relevance consists of recognizing the vulnerability of the holder of personal data and society in a scenario of informational asymmetry, giving rise to the use of instruments of collective protection and vectors of Environmental Law, notably the principle of ubiquity, so that public policies, regulatory action or legislation related to the personal data protection ecosystem are interpreted in order to repress the technological normativity of the digital economy. The research made use of the inductive method and was based on daily analysis and bibliographic review evaluating national and foreign doctrine, Law nº 13,709/2018 and European normative guidelines – Regulation (EU) nº 2016/679.

KEYWORDS: Protection of Personal Data • Fundamental Right • Informational Asymmetry • Sources Dialog • Technological Normativity.

Derecho fundamental a la protección de datos personales: es necesario reprimir la normatividad tecnológica de la economía digital

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 El auge de la economía digital • 3 La protección de datos personales como derecho fundamental • 4 Diálogo de fuentes • 5 Vínculo entre protección de datos personales y Derecho Ambiental • 6 Conclusión • 7 Referencias.*

RESUMEN: Se analiza la protección de datos personales como derecho fundamental en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, y problematizar las externalidades de la economía digital que implican restricciones a las libertades, la autodeterminación informativa y la privacidad de lo ciudadano resultante del tratamiento masivo de datos personales. La relevancia temática consiste en reconocer la vulnerabilidad del titular de los datos personales y la sociedad en un escenario de asimetría informativa, dando lugar a la utilización de instrumentos de protección colectiva y vectores del Derecho Ambiental, en particular el principio de ubicuidad, para que las políticas públicas, la acción regulatoria o legislación relacionada con el ecosistema de protección de datos personales se interpreten con el fin de reprimir la normatividad tecnológica de la economía digital. La investigación que hizo uso del método inductivo y se basó en el análisis diario y revisión bibliográfica, evaluando la doctrina nacional y extranjera, la Ley nº 13.709/2018 y lineamientos normativos europeos – Reglamento (UE) nº 2016/679.

PALABRAS CLAVE: Asimetría Informativa • Diálogo de Fuentes • Derecho Fundamental • Normatividad Tecnológica • Protección de Datos Personales.

1 Introdução

O presente trabalho analisa a crescente importância da proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, dentro do contexto dos avanços tecnológicos vivenciados na pós-modernidade com o surgimento da economia digital ou atual Sociedade de Dados (SMICHOWSKI, 2019). Ou, ainda, por outro enfoque, como *Capitalismo de Vigilância* (ZUBOFF, 2019), enquanto estado da arte do desenvolvimento tecnológico e econômico atual, que se baseia na coleta e na utilização massiva de dados pessoais como um ativo monetizado independente e estratégico.

O foco deste artigo é constatar que a atuação das chamadas grandes empresas de tecnologias (*Big techs*), seguidas por grandes corporações e governos, são os atores principais no contexto da economia digital, a qual se concentra na utilização de dispositivos de tecnologias da informação e comunicação (TIC) cada vez menos invasivos, que muitas vezes operam de forma sub-reptícia, para coletar, armazenar e proceder ao tratamento de dados pessoais, sem o consentimento do titular, para criação de perfis e hábitos de consumo com o propósito de mercantilizar aspectos comportamentais e auferir maiores lucros econômicos em detrimento das liberdades dos cidadãos.

Não obstante existir legislação que pretende regulamentar o assunto (Lei nº 13.709/2018) com mecanismos voltados para coibir a utilização abusiva de dados pessoais, fato é que os instrumentos legais e regulatórios têm se mostrado insuficientes e anacrônicos – haja vista o desenvolvimento das inovações e a arquitetura de funcionamento destes dispositivos eletrônicos – para combater o que ora se denomina de normatividade tecnológica; tal termo é compreendido no sentido de que o avanço das novas tecnologias informacionais consegue se sobrepor à fiscalização de órgão regulador ou à repressão pela legislação, como percebido cotidianamente. São exemplos dessa sobreposição: as práticas de mineração de dados (*data mining*), a extração de dados (*data extraction*) e a raspagem de dados automatizada (*data scraping*) (FORNASIER; BECK, 2020, p. 185).

Como objetivo específico deste trabalho, propõe-se apresentar estratégia jurídico-interpretativa dentro dos contornos do sistema normativo brasileiro, como forma de contribuir para resguardar os valores imanentes à Constituição federal de 1988, notadamente a dignidade humana, a autodeterminação informativa, o livre desenvolvimento da personalidade, a proteção de dados pessoais e a privacidade dos cidadãos.

Assim, apoiando-se na teoria do diálogo das fontes e na possibilidade de conjugar vetores jurídicos oriundos de outros campos de estudo do direito para aplicá-los à seara normativa da proteção de dados pessoais, pretende-se alcançar a melhor solução ao caso concreto com base na interação das diferentes fontes, porém compatíveis.

Justifica-se a pertinência temática em face de seu pleno desenvolvimento junto à realidade social e à jurídica mundial, para compreender a ubiquidade da economia digital que se utiliza massivamente de dados pessoais para a formação de perfis informacionais, os quais muitas vezes são objetos de tratamento para a finalidade diversa para a qual foram coletados, sem a autorização consciente do titular dos dados, em evidente violação à autodeterminação informativa, à privacidade (intimidade, honra, imagem etc.) e ao desenvolvimento da personalidade do cidadão, não nos olvidando alertar sobre o potencial caráter discriminatório quanto ao uso inadequado de dados pessoais sensíveis, conforme o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2018).

Em termos de pesquisa científica, observou-se, durante a análise do trabalho, o método indutivo, partindo-se da constatação fática em relação à incipiente aplicação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral Proteção Dados Pessoais – LGPD), referendada pela Emenda Constitucional nº 115/2022, e da análise comparativa de previsões da General Data Protection Regulation (GDPR-EU), norma comunitária europeia que serviu de inspiração para a LGPD, além da abordagem doutrinária sobre proteção de dados pessoais na sociedade contemporânea, para concluir que se faz necessário reconhecer um sistema de valores que comporte aplicação simultânea de regras de diferentes áreas do Direito a fim de garantir efetividade ao direito fundamental da proteção de dados pessoais em nosso sistema jurídico.

Conclui-se, ao final – com inspiração na teoria do diálogo das fontes criada na Alemanha por Erik Jayme, tendo no Brasil Cláudia Lima Marques como referência ao tema e citada neste trabalho – que valores e princípios interpretativos oriundos do Direito do Consumidor (por exemplo, conceito de vulnerabilidade diante da assimetria informacional entre titular de dados e agentes de tratamento) e do Direito Ambiental, como o princípio da ubiquidade ou da transversalidade, podem guiar a aplicação da legislação atinente à proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/2018), a fim de combater a normatividade tecnológica da economia digital e resguardar os direitos fundamentais, compatibilizando, por meio de interpretação sistemática,

a solução mais benigna à proteção da dignidade da pessoa humana e da qualidade de vida das pessoas.

2 A ascensão da economia digital

Em linha do tempo desenvolvida sinteticamente, pode-se dizer que a Primeira Revolução Industrial teria surgido na metade do século XVIII (1760-1840) e foi possibilitada basicamente pela máquina a vapor para mecanizar a produção; a Segunda, no século XIX (1850-1945), envolveu predominantemente o desenvolvimento de indústrias química, elétrica, de petróleo e de aço, além do progresso dos meios de transporte e de comunicação; e a Terceira, no século XX (1950-2010), foi marcada pela substituição gradual da mecânica analógica pela digital, pela utilização de microcomputadores, pela criação da Internet (1969) e pelo incremento da tecnologia da informação e da comunicação.

Atualmente, no primeiro quarto do século XXI, a Quarta Revolução Industrial (SCHAWAB, 2016), denominada como Revolução 4.0, teria como marco temporal inicial o ano de 2011 e se consubstancia na confluência de todas as tecnologias no estado da arte existentes e que efetivamente estão transformando a sociedade mundial em um novo panorama envolvendo as tecnologias da informação e da comunicação (TIC), bem como o uso de inteligência artificial nos mais diversos meios, como algoritmos que geram decisões automatizadas, tecnologia de reconhecimento facial (TrF), agentes artificiais (*Bots*), Internet das coisas (IoT), Tecnologia 5G, desenvolvimento de computadores quânticos etc.

O outro lado da moeda é que, com a utilização deste aparato tecnológico, que pressupõe coleta e tratamento massivo de dados pessoais para análises estatísticas e predições comportamentais, resta implicada a diminuição da liberdade (de expressão, de informação, de comunicação, de opinião etc.) e da privacidade (intimidade, honra, imagem etc.) do cidadão, bem como seu direito fundamental à autodeterminação informativa (ADI 6387-STF), nisso incluído o potencial caráter discriminatório decorrente de decisões baseadas unicamente em tratamento automatizado de dados perpetrado por algoritmos de inteligência artificial e conseqüente lesão a direitos.

Em termos sociológicos, quanto às implicações sociais que estão a interagir com o Direito neste novo paradigma, Ricardo Villas Boas Cueva (2019) pontua que está a surgir, inclusive, um novo ramo para o estudo jurídico:

Com a emergência da economia digital, esse novo ramo do Direito será especialmente relevante, pois a ubiquidade da internet e da inteligência artificial levará de maneira inexorável, à extração de lucro a partir do intenso uso de dados pessoais para a formação de perfis informacionais que permitirão identificar os hábitos, preferências, características pessoais, bem como as escolhas políticas e existenciais dos titulares dos dados, quase sempre em completo desvirtuamento da finalidade para a qual foi coletada. (CUEVA, 2019, p.134).

Assim, a fim de conciliar as externalidades negativas envolvendo possíveis restrições de direitos em decorrência da nova ordem econômica e do desenvolvimento tecnológico ínsito, entende-se que a temática da proteção de dados pessoais deve ser regulada por arcabouço normativo compatível, a rogo do que dispõem os princípios do art. 6º e incisos I a X, da LGPD (Lei nº 13.709/2018). Além disso, deve ser interpretada conjuntamente com os valores da Constituição federal de 1988, notadamente a dignidade da pessoa humana e os demais conteúdos axiológicos imanentes, que auxiliam a efetividades de valores voltados para assegurar o exercício de direitos fundamentais e a qualidade de vida.

3 A proteção de dados pessoais como direito fundamental

A publicação recente da Emenda Constitucional nº 115/2022 (BRASIL, 2022) reconheceu a necessidade de se positivar a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o *status* de direito fundamental, conjuntamente com os demais direitos previstos pelo art. 5º da CF/1988. E, uma vez reconhecida a proteção de dados pessoais como direito fundamental, é necessário que sejam compreendidas, em tal *status* algumas características clássicas enaltecidas mais ou menos de forma unânime pela doutrina e que são incorporadas ao arcabouço normativo da sociedade ao longo do seu desenvolvimento, respectivamente: historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, relatividade e universalidade.

É necessário referendar que a historicidade dos direitos fundamentais se relaciona com o fato de que eles não surgem ocasionalmente, são, pois, dinâmicos e, em regra, evoluem conforme o momento histórico e cultural, bem como decorrem de lutas políticas e de conquistas sociais por novas liberdades. A inalienabilidade está relacionada à dignidade da pessoa humana e estabelece a ideia de que não se pode transigir com os direitos fundamentais.

A noção da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais estabelece que, em regra, eles não podem ser renunciados pelo seu titular, uma vez que ostentam eficácia objetiva de modo a proteger não apenas o sujeito, mas toda a coletividade; são imprescritíveis porque seu não exercício não acarreta perda da exigibilidade pelo decurso do tempo; são relativos pois nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, devendo ser interpretado e aplicado conforme os limites fáticos e ponderado com os demais valores constitucionais, notadamente outros direitos fundamentais; e, ao derradeiro, são universais no sentido de que a titularidade é inerente à condição humana, estendendo seus atributos de forma irrestrita a todos os cidadãos (MARCHINHACKIP, 2012, p. 173-174).

No caso específico analisado, além da fundamentabilidade reconhecida pela EC nº 115/2022, entende-se que o direito à proteção de dados passa a integrar as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF/1988) e, portanto, está imune a qualquer supressão de seu predicado normativo, uma vez que seu conteúdo axiológico ressalta valores já protegidos pela Constituição federal de 1988.

A ratificar tal entendimento de ficar a salvo de qualquer supressão posterior, confirma Gonet Branco (2017) sobre a possibilidade de declaração de novos direitos fundamentais via Emenda à Constituição de 1988 e aduz que a inclusão como cláusula pétrea poderá ocorrer em se tratando de realçar um direito previamente existente, depreendida de regra mais abrangente da Constituição inaugural.

Portanto, a rogo do colacionado, temos que o *status* de direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, se encontra protegido entre as cláusulas pétreas e não poderá mais ser abolido ou sofrer retrocesso ainda que por nova Emenda Constitucional. Tal imutabilidade decorre da constatação de que seu conteúdo axiológico visa explicitar valores albergados pelo constituinte originário, notadamente as liberdades de expressão, de manifestação do pensamento, da informação, de comunicação e de opinião, bem como do direito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, à honra e à imagem das pessoas, os os quais são direitos fundamentais já enaltecidos no art. 5º da CF/1988.

Assim, esses direitos fundamentais primevos referidos acima foram, em verdade, engrandecidos pelo reconhecimento da autodeterminação informativa e da proteção de dados pessoais como direito fundamental, pelo poder constituinte derivado atual, uma vez que visam resguardar os dados dos cidadãos diante de nova realidade socioeconômica (*Data Driven Economy*) imprimida pelo desenvolvimento tecnológico.

Por corolário, referenda-se, que a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022 (ocorrida em 12 de fevereiro de 2022), o conteúdo normativo depreendido do direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, também está apto a servir de parâmetro de controle de constitucionalidade de leis e de normas infraconstitucionais incompatíveis, tanto pelo sistema difuso (por meio de Recurso Extraordinário, art. 102, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” da CF/88) quanto pelo concentrado (ação direta de inconstitucionalidade, art. 102, inciso I, alínea “a”, da CF/88), que deverão ser dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal, caso provocado a decidir.

Ademais, complementarmente cabe aduzir que a Emenda Constitucional nº 115/2022 ainda fixou a competência material para a União (art. 21, inciso XXVI) organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei; e também conferiu competência privativa à União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais (art. 22, inciso XXX), evitando-se a dispersão e a falta de uniformidade na produção legislativa e aumentando a segurança jurídica com relação à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

4 Diálogo das fontes: aplicação simultânea de regras de diferentes fontes

O reconhecimento do direito à autodeterminação informativa como direito fundamental por meio de Emenda Constitucional nº 115/2022, ratificou o posicionamento anterior do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-STF nº 6387:

[...] 1. Decorrências do direito da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados no art. 2º, I, II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. (BRASIL, 2020).

Tal reconhecimento foi um passo essencial no processo de consolidação da proteção de dados pessoais em nosso país para fortalecer e resguardar as amplas previsões da LGPD, notadamente em um cenário de assimetria informacional entre

os agentes de tratamento de dados (controlador e operador) e a pessoa natural, titular dos dados pessoais.

É cediço que a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018, criada sob influência do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD), ou General Data Protection Regulation (GDPR) da União Europeia, que se tornou o atual Regulamento UE nº 2016/679), previu diversos elementos importantes, como por exemplo: seus princípios (art. 1^a); seus fundamentos (art. 2^a); o consentimento do titular (art. 7^a); o tratamento de dados pessoais em observância à à boa-fé e aos demais princípios (art. 6^a, incisos de I a X); definição do legítimo interesse do controlador (art. 10); término do tratamento de dados (art. 15); tratamento de dados sensíveis (art. 17); direitos do titular de dados (art. 18); direito à revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou dos aspectos de sua personalidade (art. 20); tratamento de dados pelo Poder Público (art. 23); da responsabilidade e do ressarcimento de danos (art. 42) etc.

Contudo, a legislação sobre o tratamento de dados pessoais além de ser recente, pretende regular assunto complexo em termos de cognoscibilidade pelo homem médio em decorrência da tecnologia hermética empregada, tendo por certo que abarca inúmeras relações jurídicas individuais e de caráter coletivo *lato sensu*, o que demanda a necessidade de interpretá-la consoante aos valores que efetivem a concretização de direitos fundamentais ali albergados como o da privacidade, da liberdade, da autodeterminação informativa, da dignidade da pessoa humana etc.

Assim, a construção doutrinária e jurisprudencial sobre a proteção de dados pessoais não deve ficar adstrita ao critério da especialidade da norma da Lei nº 13.709/2018 e deve ir ao encontro de se estabelecer um diálogo construtivo com outras fontes normativas compatíveis, a fim de relacionar a legislação à luz de vetores coerentes e complementares para conformá-la à realidade e aos direitos fundamentais.

Conforme elucidam Herman Antonio Benjamin e Claudia Lima Marques (2018), quanto à aplicabilidade e ao bom uso da teoria do diálogo das fontes para enaltecer valores fundamentais:

A teoria do diálogo das fontes tem direta relação com os direitos fundamentais, pois põe em relevo o sistema de valores que estes representam e orienta a aplicação simultânea de regras de diferentes fontes para dar efetividade a estes valores. (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 29).

Inobstante a aplicação simultânea de regras de fontes diversas, entende-se que a interpretação que se pretende levar a efeito deve ter um liame axiológico nítido entre as fontes conjugadas, não se avalizando a pretensão de estabelecer um elo casual entre searas jurídicas distintas e incompatíveis, portanto, de forma inconstitucional (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 30).

Os autores exemplificam que à Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) deve ser aplicado o diálogo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Marco Civil da Internet (MCI) estabelece princípios e garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e esclarece ser um de seus fundamentos a defesa do Consumidor (art. 2º, inciso V) (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 38).

Assim, no mesmo sentido, no que tange à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, e considerando a indelével assimetria informativa, entende-se, por exemplo, ser plenamente aplicável a teoria do diálogo das fontes para se utilizar o conceito de vulnerabilidade informacional e técnica do CDC (Lei nº 8.078/1990) às pessoas naturais (titular dos dados) com relação ao consentimento fornecido aos agentes (controlador e operador) para tratamento de seus dados pessoais, a fim de equalizar no caso concreto o deslinde da relação jurídica entre as partes, uma vez que a Lei nº 13.709/18 (LGPD) também dispõe textualmente que um de seus fundamentos é a defesa do Consumidor (art. 2º, inciso VI).

Adentrando mais a fundo, autores nacionais entendem também que a proteção de dados pessoais deve ter guarida e proteção especial porquanto tutela direitos transindividuais, difusos ou coletivos, conforme o caso. Como aduz Mendes (2016, p. 7):

[...] o direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais envolve uma dupla dimensão: (i) a tutela da personalidade do consumidor contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face de coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais; e (ii) a atribuição ao consumidor da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.

Portanto, a proteção de dados individuais, inclusive pelos meios digitais, também encerra vertente metaindividual típica da sociedade massificada em que vivemos e não equivale nem a interesses privados, nem a interesses públicos, permanecendo entre ambos na modalidade de interesses sociais coletivos, conforme regramento do CDC. Aliás, não obstante a regra do art. 3º, § 2º, do CDC apregoar sua aplicação aos serviços colocados no mercado mediante *remuneração*, fato é que muitos serviços oferecidos pela Internet como se fossem gratuitos ao

consumidor são remunerados via publicidade e propiciados pela coleta de dados de navegação digital do usuário para a formação de perfis informacionais que permitirão identificar seus hábitos e preferências de consumo.

Na mesma linha de raciocínio, Zanatta (2019, p. 202-203) aduz que se faz necessário entender a proteção de dados pela perspectiva do direito coletivo, uma vez que a dinâmica social das múltiplas relações telemáticas cotidianas não permite que, racionalmente, os indivíduos tenham plena ciência de todas as relações jurídicas assumidas e de todas as vezes em que tiveram os dados pessoais coletados mediante consentimento livre, esclarecido e inequívoco para a finalidade determinada (BRASIL, 2018, art. 5º, inciso XII).

É cediço que a economia digital não mais necessita de conduta ativa do usuário para cadastramento de dados (nome, cópias de CPF ou RG, número de telefone, endereço ou e-mail) para obter as informações de que se utiliza comercialmente, do azo que os dados podem ser capturados de forma menos invasiva por dispositivos digitais como, por exemplo, *GPS*, *I.D.*, *I.P* ou, ainda, inferidos por padrões comportamentais e de consumo dos titulares de dados, cujas *pegadas digitais* são rastreadas e utilizadas para predição por algoritmos de inteligência artificial. Nesse sentido, Solano de Camargo complementa que, além dos dados pessoais, devem também receber proteção os comportamentos, os dados de geolocalização, os hábitos de consumo, as informações demográficas etc. (CAMARGO, 2019, p. 224).

Em defesa da sociedade, a proteção do ambiente informacional deve ser encarada sob uma perspectiva preventiva ampla no que tange às obrigações atribuídas aos agentes de tratamento de dados (controladores e operadores de dados) para documentar suas atividades e realizar avaliações de impacto à proteção de dados pessoais e, em caso de inovações de alto risco, propor soluções adequadas para defender os dados sob sua guarda.

Assim, sugere Zanatta (2019, p. 205) que a coletivização da proteção de dados deve predominantemente passar a ser feita por entidades civis especializadas com legitimidade para propositura de ações civis públicas, nisso incluído especialmente o Ministério Público (art. 129 da CF/88) e também demais entidades e órgãos da administração pública voltados à defesa dos direitos e dos interesses difusos e coletivos, bem como, porque o art. 22, combinado com o art. 42, § 3º, ambos da LGPD, asseguram respectivamente: que a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual

e coletiva (art. 22); e que as ações de reparação por danos coletivos possam ser exercidas coletivamente em juízo, observada a legislação pertinente (art. 42, § 3º).

Portanto, reitera-se que a proteção de dados pessoais deve ser encarada predominantemente como direito coletivo *lato sensu*, justificada pela (i) assimetria informacional entre os agentes de tratamento de dados (controlador e operador) e o titular dos dados pessoais; (ii) por conta das inúmeras relações telemáticas cotidianas que inviabilizam que os indivíduos tenham plena consciência de todas as vezes em que teve os dados pessoais coletados apenas para a finalidade consentida; (iii) garantia de que a proteção de dados possa ser amparada pela atuação do Ministério Público e também por entidades civis especializadas, com estrutura e expertise adequadas para equilibrar a relação jurídica e coibir eventuais abusos que venham a ser cometidos por organizações, públicas ou privadas, as quais devem manter o registro de tratamento de dados pessoais para controle e auditoria, sob pena de serem penalizadas.

5 Elo entre proteção de dados pessoais e Direito Ambiental

De forma reflexiva, pode-se dizer que os direitos e as liberdades de terceira dimensão ou geração, ligados ao valor da solidariedade, como a preservação do meio ambiente, direito à paz, à qualidade de vida, à liberdade informática (ou direitos no âmbito das Novas Tecnologias Informação e Comunicação – NTIC) e outros, se apresentam como uma resposta ao chamado fenômeno da contaminação das liberdades, que consiste na degradação que está a acoirar os direitos fundamentais diante de determinados usos das novas tecnologias (LUÑO, 2012, p. 56).

Com relação a tais direitos de terceira dimensão, faz-se necessário reconhecer a todos os cidadãos a legitimação para se defender de violações a bens coletivos ou interesses difusos que, por sua própria natureza, não podem ser protegidos apenas pela ótica da lesão individualizada, exigindo-se, portanto, uma mudança dos instrumentos jurídicos aptos à proteção da sociedade, superando a concepção de tutela de um processo judicial individual (LUÑO, 1991, p. 215).

Como já referido neste texto, a LGPD teve sua criação baseada em sua homóloga europeia (Diretiva de Proteção de Dados Pessoais nº 95/46/EC), que foi revogada e substituída pela General Data Protection Regulation, em 2016, conforme o Regulamento 2016/679. E, em alusão ao Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD) da nossa LGPD, relata-nos Maria Cecília Oliveira Gomes (2019, p. 176) que sua origem remonta ao revogado Privacy Impact Assessment (PIA) da Diretiva da

Proteção de Dados Pessoais nº 95/46/EC, e que esses instrumentos se converteram nos atuais Data Protection Impact Assessment (DPIA), relatório mandatório para processamento de dados que possam gerar altos riscos aos direitos e às liberdades das pessoas naturais, conforme o Regulamento 2016/679 e o art. 35 da General Data Protection Regulation.

Denota-se que, desde a sua origem, os aludidos relatórios de impacto à proteção de dados pessoais, tanto aqui como na Europa, decorrem de uma perspectiva acautelatória, confirmada pelo nosso art. 6º, inciso VIII, da LGPD, que estabelece o princípio da prevenção no tratamento de dados com a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Além da aplicação do princípio da prevenção na proteção de dados pessoais, Luiz Costa (2012) referenda, também, a aplicação do princípio da precaução como norma jurídica aplicável ao ecossistema da proteção de dados europeu no tocante à avaliação de impacto na privacidade, justificando sua pertinência diante da dificuldade de apurar no caso concreto de violação de direitos às responsabilidades (diluição das responsabilidades):

As it happens, in the environmental domain, privacy and data protection laws undergo violations with many victims. These are typically mass exposure torts. Similar to environmental torts, harm can be caused within a scenario of multiple actors in which it is difficult to identify the one at fault (technology creators, service providers, etc.) and the plurality of causes (data breaches, deficient design, etc.) adds an extra obstacle to determine liability. As a result, legislation faces a setting where causality is complex and establishing liability is challenging. (COSTA, 2021, p. 16/17)¹.

Tem a complementar o referido autor com um segundo argumento de que a aplicação da precaução se fundamenta juridicamente no princípio geral do *nemimem Laedere* (responsabilidade extracontratual ou aquiliana, art. 927 e parágrafo único, do Código Civil brasileiro), segundo o qual a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem.

1 “Como acontece no domínio ambiental, privacidade de dados e leis de proteção sofrem violações com muitas vítimas. Estes são normalmente delitos de exposição em massa. Semelhante aos delitos ambientais, danos podem ser causados em um cenário de múltiplos atores em que é difícil identificar o culpado (criadores de tecnologia, prestadores de serviços etc.) diante da pluralidade de causas (violação de dados, design deficiente etc.); o que é um obstáculo extra para determinar a responsabilidade. Como resultado, a legislação enfrenta um cenário onde a causalidade é complexa e estabelecer a responsabilidade é um desafio.” (tradução nossa).

Ao final, conclui Costa (2012) com uma terceira observação: de que a aplicação da precaução também se revela como um imperativo para atuação da autoridade de proteção de dados (no caso brasileiro, art. 55-A da LGPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados), que deve predizer suas convicções e orientações de caráter regulatório e técnico conforme apurar os estudos de avaliação e precificação de altos riscos de impacto na privacidade e na proteção de dados.

De forma semelhante, a LGPD prevê em seu art. 55-J que a ANPD tenha, entre outras, a atribuição de:

[...] editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e de privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei. (BRASIL, 2018, art. 55-J).

Em referência ao mesmo Relatório de Impacto à Proteção de Dados da nossa LGPD, autores nacionais (BIONI; LUCIANO, 2019, p. 4) também sustentam a aplicação adaptada à proteção de dados pessoais do princípio da precaução (não obstante discussões quanto às amarras de se adotar tal princípio em campo de inovação tecnológica constante), quando a avaliação científica não fornecer suficiente grau de certeza ante a possíveis ameaças de malefícios decorrentes da manipulação e da coleta massiva de dados dos indivíduos pelas tecnologias automatizadas (precaução de danos e gerenciamento de riscos).

Na mesma linha, Isadora Leardini Vidolin (2021) considera que o princípio da precaução deve ser aplicado mediante avaliação de risco, entendendo-o como a eventualidade de se sofrer um dano e alertando para a necessidade de aplicação da precaução diante do fenômeno da coleta indiscriminada de dados pessoais e da vigilância que a inteligência artificial proporciona.

Parece-nos que o princípio da precaução, embora não previsto expressamente na LGPD, permeia a avaliação e a precificação de riscos que possam implicar impacto na privacidade e na proteção de dados pessoais, consoante com a elaboração técnica do RIPD e na atuação regulatória da ANPD. Porém, com uma diferença: que a avaliação do impacto não seja procedida por agência reguladora com corpo científico e, sim, pelas empresas e pelos órgãos do Poder Público que tratam de dados com potencial de limitar as liberdades individuais (ZANATTA, 2019, p. 203).

Além do princípio da precaução aplicável à privacidade e à proteção de dados pessoais, vislumbra-se ainda espaço para incidência do princípio da ubiquidade

ou transversalidade, igualmente advindo de direito, de decisão administrativa ou produção legislativa, de forma a preservar a privacidade de dados pessoais e a qualidade de vida do cidadão.

Conforme aduz Fiorillo (2003, p. 42-43), em referência à aplicabilidade do princípio da ubiquidade ou transversalidade para a proteção ambiental, esse vetor nuclear deve sempre ser levado em consideração quando houver riscos de degradação ambiental decorrentes da adoção de políticas públicas, produção legislativa ou atuação regulatória por parte da administração pública.

Por conta desse princípio oriundo da seara ambiental e interpretado para o contexto ubíquo da economia digital, toda e qualquer política, atuação regulatória ou legislação referente ao ecossistema de proteção de dados pessoais, mormente no ambiente digital, deverá se compatibilizar com os fundamentos (art. 2º da LGPD) e com os vetores particulares do art. 6º da LGPD, no que tange ao tratamento de dados:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018).

Esses vetores devem ser conjugados aos demais princípios da Constituição federal de 1988, a fim de resguardar, entre outros valores, os direitos humanos, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania e a qualidade de vida pelas pessoas naturais.

Alerta Andrei Koerner (2020, p. 6) para a dificuldade em conter no plano prático a intrusão tecnológica e práticas inerentes à economia digital na vida das pessoas na sociedade contemporânea, não obstante a regulação legal.

Assim, para conformar o que aqui se denomina de *normatividade tecnológica*, quando a economia digital se sobrepõe ao sistema jurídico pela arquitetura de funcionamento e por práticas tecnológicas não transparentes (como a coleta massiva e não autorizada de dados pessoais) ínsitas ao capitalismo de vigilância e que muitas vezes conseguem tornar anódinas disposições legais que procuram regular a proteção de dados pessoais e a privacidade, parece-nos que a perspectiva da utilização do princípio da ubiquidade ou da transversalidade se revela como alternativa criativa inspirada na teoria do diálogo das fontes para auxiliar na aplicação da LGPD à seara regulatória e jurisdicional e conter práticas mercantis deletérias à proteção de dados pessoais e que venham a degradar as liberdades individuais ou coletivas

6 Conclusão

A economia digital se utiliza do aparato tecnológico disponível no estado da arte e promove a coleta e o tratamento massivo de dados implicando restrições às liberdades e à privacidade do cidadão e ofensa ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa.

A construção doutrinária e jurisprudencial sobre a proteção de dados pessoais deve superar o critério da especialidade da norma da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) e ir ao encontro de se estabelecer um diálogo com outras fontes normativas compatíveis como, por exemplo, a do Direito do Consumidor e a do Direito Ambiental, a fim de interpretar a legislação à luz de vetores coerentes e complementares, conformando-a à realidade e aos direitos fundamentais.

Necessário reconhecer ligação entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito ambiental, uma vez que ambos apresentam características comuns e demandam instrumentos jurídicos aptos a promover a proteção coletiva.

A utilização do princípio da ubiquidade ou transversalidade revela-se como parâmetro implícito para auxiliar na aplicação da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), tanto

na seara regulatória como jurisdicional, no intuito de combater a *normatividade tecnológica* insita à economia digital e obstar práticas mercantis não transparentes e intrusivas à proteção de dados pessoais e que, por consequência, venham a degradar a qualidade de vida do cidadão.

A aplicação do princípio da ubiquidade ou da transversalidade pode possibilitar maior eficácia ao previsto no art. 6º e seus incisos, da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), especialmente incisos I (finalidade); II (adequação); VI (transparência); VII (segurança); VIII (prevenção); X (responsabilização e prestação de contas), bem como pode auxiliar na interpretação e na adoção de medidas mais efetivas, capazes de fazer com que haja o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, mormente nos meios digitais.

7 Referências

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A Teoria do Diálogo das Fontes e seu Impacto no Brasil: uma homenagem à Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, ano 27, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1042/911>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O princípio da precaução na regulação de inteligência artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada? *In*: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível: https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/09/Bioni-Luciano_O-PRINCI%CC%81PIO-DA-PRECAUC%CC%A7A%CC%83O-PARA-REGULAC%CC%A7A%CC%83O-DE-INTELIGE%CC%82NCIA-ARTIFICIAL-1.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc115.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387 MC-REF/DF** (Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ROSA WEBER). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 28 out. 2022.

CAMARGO, Solano de. As sanções da LGPD e o Inferno de Dante. **Revista do Advogado**, n. 144, p. 220-225, nov. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Cláusulas pétreas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrado; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/21/edicao-1/clausulas-petreas>. Acesso em: 16 fev. 2022.

COSTA, Luiz. Privacy and the precautionary principle. **Computer Law & Security Review**, v. 28, n. fev. 2012. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364911001804?via%3Dihub>. Acesso em: 17 fev. 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. Proteção de dados pessoais no Judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 144, p. 134-139, nov. 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FORNASIER, M. de O.; BECK, C. Cambridge Analytica: escândalo, legado e possíveis futuros para a democracia. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 29, n. 53, p. 182-195, 2020. DOI: 10.21527/2176-6622.2020.53.182-195. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10033>. Acesso em: 22 jun. 2022.

GOMES, Maria Cecilia Oliveira. Relatório de impacto à proteção de dados pessoais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 144, p. 174-183, nov. 2019.

KOERNER, Andrei. Capitalismo e vigilância digital na sociedade democrática. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 36, n. 105, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/3RSTj7mCYh6YcHRnM8QZcYD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 fev. 2022.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos Fundamentais. **Revista da Unifebe**, p. 166-179, dez. 2012. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/42974490/artigo017-with-cover-page-v2>. Acesso em: 28 out. 2022.

LUÑO, Antonio-Henrique Perez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução: José Luiz de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

LUÑO, Antonio-Henrique Perez. Generaciones de derechos humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Ciudad de México, n. 10, set. 1991.

MENDES, L. S. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, 105, 1-30, 2016.

SCHAWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo, 2016.

SMICHOWSKI, Bruno Carballa *et al.* Data-Driven Economy: challenges and opportunities. **Intereconomic – Review of European Economic Policy**, v. 54, n. 4, 2019. Disponível em: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2019/number/4/article/data-driven-economy-challenges-and-opportunities.html>. Acesso em: 28 out. 2022.

VIDOLIN, Isadora Leardini. Princípio da Precaução: do direito ambiental à proteção de dados e inteligência artificial. **Revista Percurso**, v. 1, n. 38, 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/5429>. Acesso em: 20 fev. 2022.

ZANATTA, Rafael A. F. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 144, p. 201-207, nov. 2019.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. Nova Iorque: Public Affairs, 2020.

Elementos de conexão na tributação direta e suas transformações na economia digital

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO

Pós-Doutor em Direito (UnB). Doutor em Direito pela *Southern Methodist University* (EUA). Mestre em Direito (UnB). Professor (FGV EPPG-DF).

ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO

Pós-doutoranda (FGV EPPG-DF). Pós-Doutora em Direito (UCB). Doutora em Direito (USP). Mestra em Direito (PUC-SP). Professora (FGV EPPG-DF).

Artigo recebido em 7/7/2020 e aprovado em 6/4/2021.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *As normas jurídicas de conexão e o direito tributário internacional* • 3 *Princípio da territorialidade* • 4 *Elementos de conexão e princípio da territorialidade* • 5 *Normas jurídicas de conexão da tributação direta na economia digital* • 6 *Desafios para um acordo multilateral para a tributação da economia digital* • 7 *Conclusão* • 8 *Referências*.

RESUMO: O trabalho discorre sobre as mudanças dos elementos de conexão definidores da competência tributária na tributação direta, especialmente o mercado consumidor, como novo nexos surgido com os impactos gerados pela economia digital. Analisa-se a ineficiência das normas de conexão atualmente vigentes, o princípio da residência e da fonte, baseados em critérios de presença física dos agentes econômicos. São abordadas as discussões no âmbito da OCDE e da ONU sobre a alteração de paradigmas para a tributação e alocação da renda mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Elementos de conexão • Territorialidade • Economia Digital • Presença física • Imposto Sobre Serviços Digitais.

Nexus in direct taxation and their transformations in the digital economy

CONTENTS: *1 Introduction • 2 The connecting legal rules and international tax law • 3 Principle of territoriality • 4 Elements of connection and the principle of territoriality • 5 Legal standards for direct taxation connection in the digital economy • 6 Challenges for a multilateral agreement for the taxation of the digital economy • 7 Conclusion • 8 References.*

ABSTRACT: The work discusses the changes in the connecting elements that define tax competence in direct taxation, especially the consumer market, as a new nexus that emerged with the impacts generated by the digital economy. It analyzes the inefficiency of the current norms of connection, the principle of residence and source, based on criteria of physical presence of economic agents. Discussions within the scope of the OECD and the UN on changing paradigms for the taxation and allocation of world income are addressed.

KEYWORDS: Connecting elements • Territoriality • Digital Economy • Physical presence • Digital Service Tax.

Elementos de conexión en la tributación directa y sus transformaciones en la economía digital

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Las normas legales de conexión y el derecho fiscal internacional • 3 Principio de territorialidad • 4 Elementos de conexión y principio de territorialidad • 5 Normas legales para la conexión fiscal directa en la economía digital • 6 Desafíos para un acuerdo multilateral para la tributación de la economía digital • 7 Conclusión • 8 Referencias.*

RESUMEN: El trabajo discute los cambios en los elementos de conexión que definen la competencia tributaria en la tributación directa, especialmente el mercado de consumo, como un nuevo vínculo que surgió con los impactos generados por la economía digital. Analiza la ineficacia de las normas vigentes de conexión, principio de residencia y fuente, en base a criterios de presencia física de agentes económicos. Se abordan las discusiones en el ámbito de la OCDE y la ONU sobre el cambio de paradigmas para la tributación y la asignación de la renta mundial.

PALABRAS CLAVE: Elementos de conexión • Territorialidad • Economía Digital • Presencia física • Impuesto sobre Servicios Digitales.

1 Introdução

Este artigo tem como escopo trazer uma perspectiva evolutiva do princípio da territorialidade, dos elementos de conexão pertinentes ao direito tributário internacional, e a aplicação desse princípio em face dos mencionados elementos de conexão no contexto da economia digital.

A radical alteração trazida pela economia digital colidiu com a estrutura dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, alicerçada no mundo tangível, de modelos de negócios jurídicos tradicionais, envolvendo bens corpóreos ou relações presenciais.

Analisa-se os elementos de conexão, enquanto enunciado componente de norma jurídica de conexão, que, por sua vez, é norma de estrutura, a qual, em seu consequente, determina os limites da competência de uma ordem jurídica.

A sistemática e a dinâmica das normas jurídicas de conexão são inerentes à racionalidade do próprio Direito, que promove cortes metodológicos nos eventos ocorridos na realidade social, para instrumentalizar a subsunção do fato a determinado ordenamento jurídico.

Nesse ensejo, serão exploradas as balizas dentro das quais o legislador de determinado ordenamento jurídico poderá, de forma discricionária e artificial, eleger os cortes a serem feitos na realidade social, que formarão os enunciados jurídicos das normas de conexão. A alocação de direitos de tributação numa ou noutra jurisdição fiscal, a despeito de poder ser discutida sob o enfoque do princípio da justiça tributária, é uma escolha política que envolve as soberanias tributárias.

Partindo-se dessa premissa, entende-se que o foco da discussão também deverá passar pela opção entre a harmonização tributária internacional e o cenário de guerra fiscal, decorrente de escolhas legislativas unilaterais, que, embora possam sanar a erosão das bases tributárias inicialmente, podem evoluir para consequências econômicas negativas generalizadas.

Parte-se de elementos de conexão objetivos, associados a um conteúdo estrito do princípio da territorialidade, evoluindo para uma perspectiva subjetiva do princípio, à medida que as fronteiras econômicas dos países se alargaram.

Destarte, a atuação globalizada dos atores econômicos acentuou a mobilidade dos fatores produtivos, desprendendo o princípio da territorialidade dos estritos limites espaciais, impulsionado pelas mudanças econômicas e sociais. O território, enquanto espaço físico, deixou de ser obstáculo para a realização de operações comerciais, de maneira que o direito lançou mão de elementos de conexão

subjetivos, ou seja, referente à condição jurídica dos agentes econômicos para estruturar a tributação.

O momento atual trouxe novo ponto de inflexão à matéria, pois, mais uma vez, deverá se refletir sobre a mudança de paradigma para se operacionalizar o princípio da territorialidade e a eficácia dos elementos de conexão decorrentes, no âmbito da nova realidade trazida pela economia digital.

Paradoxalmente, em um momento em que diversos negócios jurídicos se manifestam de maneira integralmente incorpórea, como ocorre nos modelos de negócios digitais, retomam-se os elementos de conexão objetivos, dessa vez, voltados ao mercado consumidor. Os ordenamentos jurídicos buscam traços dos negócios digitais na realidade social que lhes confirmam rastreabilidade, para se permitir estruturar a tributação.

Assim, será analisado o mercado consumidor como o elemento de conexão que ganhou adesão dos países afetados pela atuação de grandes empresas de tecnologia. Será analisado o *Digital Service Tax – DST*¹, enquanto modelo tributário adotado por diversas economias, de forma unilateral, e que tem sido objeto de análise de proposta de acordo multilateral.

Com essas ponderações imersas em uma perspectiva evolutiva dos elementos de conexão, visa-se trazer reflexões e questionamentos acerca dos novos desafios que se apresentam para a tributação internacional.

A pesquisa é lastreada em verificação e revisão bibliográfica, concernente às obras relevantes sobre tema e documental, considerando os relatórios das organizações internacionais que cuidam da matéria, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU), citados nas respectivas passagens, utilizando o método hipotético-dedutivo.

A partir da constatação de que elementos de conexão que se lastreiem na presença física dos agentes econômicos em determinada jurisdição fiscal são ineficientes para capturar as rendas geradas pelos modelos de negócio digitais, parte-se para a análise da evolução das técnicas e teorias jurídicas de tributação, possibilidades discutidas em âmbito mundial, para se concluir sobre a necessidade de alteração de estruturas jurídicas de combate da erosão das bases tributárias mundiais, no contexto da economia digital.

1 Imposto sobre serviços digitais (tradução nossa).

2 As normas jurídicas de conexão e o direito tributário internacional

Os elementos de conexão podem ser definidos como enunciados que compõem a norma jurídica de conexão. Destarte, o conjunto dos enunciados jurídicos que definem o âmbito de validade e eficácia da competência de um Estado, em face de fatos que potencialmente se sujeitam a mais de um ordenamento jurídico, é denominado de normas jurídicas de conexão.

A norma jurídica de conexão é *norma de normas*, ou *norma de estrutura*. Valendo-se da classificação empregada por Norberto Bobbio (1989, p. 33), as normas de conexão são de estrutura, pois em seu antecedente preveem conduta ou evento com elemento internacional, determinando, em seu consequente, os limites da competência de uma ordem jurídica.

Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que o direito internacional privado é “direito sobre aplicação de determinado direito” ou “superdireito”, por se tratar de regras que versam sobre regras e não sobre relações ou fatos. Assim, configuram-se como princípios que reconhecem o dado internacional na formação ou nos litígios sobre sujeitos, objeto e lugar, dos quais surgem pontos de contato de ordenamentos jurídicos e a sua concorrência (MIRANDA, 1935, p. 11).

A despeito de a doutrina das normas jurídicas de conexão ter se desenvolvido principalmente no âmbito do direito internacional privado, a sua racionalidade é aplicável a qualquer outra subárea, inclusive ao direito tributário internacional, por ser inerente às estruturas lógicas do próprio Direito.

A concorrência de ordenamentos jurídicos passíveis de regular um mesmo evento ocorre não apenas no ambiente de pluralidade de ordenamentos, como também dentro de um mesmo ordenamento, nos Estados que adotam estruturas federativas.

O direito tributário internacional é composto de normas jurídicas, do direito interno, e emanadas de tratados internacionais, que estabelecem parâmetros para o exercício de jurisdição tributária, no contexto de conflito de ordenamentos, com o escopo de, sobretudo, ao delimitar ou disciplinar a soberania fiscal, coibir a múltipla tributação internacional e a evasão tributária internacional (a não tributação internacional).

A conexão com mais de uma ordem jurídica advém da natureza internacional de um dos elementos que compõem o critério material da hipótese normativa, seja a nacionalidade ou a residência de sujeitos, a localização de coisas ou a realização de condutas. Para Alberto Xavier (2014, p. 4), tais situações seriam “plurilocalizadas”,

vinculando-se ao ordenamento jurídico de mais de um país, gerando os conflitos normativos.

O conjunto de normas jurídicas que determina qual o ordenamento jurídico aplicável aos eventos com elementos internacionais compõe o grupo que se convencionou denominar de “direito dos conflitos” (XAVIER, 2015, p. 9-10). As normas jurídicas de conexão estabelecem regras para os casos em que há concorrência de várias leis potencialmente aplicáveis a um mesmo fato, trazendo critérios de aplicação de um ordenamento em detrimento de outro, com o desígnio de se evitar o conflito.

Heleno Torres afirma que, na aplicação de normas de conflito ao direito tributário internacional, há territorialidade na exclusividade de aplicação da norma tributária, que obsta a existência de normas que disciplinem a extensão da lei nacional para eventos com elementos internacionais (2001, p. 110-117). Cada Estado possui autonomia para constituir fatos jurídicos tributários internamente, de acordo com a sua ordem jurídica, não se dispondo a reconhecer a validade de atos tributários alienígenas; as normas tributárias internas limitar-se-iam a definir o critério espacial de aplicabilidade do direito interno.

Para Gerd Willi Rothmann, as normas de conflito do direito internacional delimitam e atribuem à competência, regulando a questão da imposição da tributação, porém cabe exclusivamente ao direito interno de cada Estado determinar como será exercido o direito de tributação (2002, p. 33).

No direito tributário internacional, prevalece a territorialidade na atuação de órgãos jurisdicionais, sendo composto, basicamente, de normas que estabelecem as condições segundo as quais incidem normas de direito interno, além de normas originadas dos acordos internacionais.

Nas normas jurídicas que versam sobre a resolução de conflito de competências, o núcleo estruturador em torno do qual gravitam todos os demais aspectos da disciplina é denominado de “elementos de conexão”, que, nos dizeres de Haroldo Valladão (1971, p. 264), “são os mísseis que põem em órbita as regras de direito internacional”.

Na doutrina encontram-se diversas acepções para *elementos de conexão*, como: a descrição do evento a ser regulado no antecedente normativo, o princípio ou o próprio vínculo que se estabelece entre aquele e o direito aplicável, ou mesmo se referindo a ambos os elementos.

Para Alberto Xavier, os elementos de conexão operam como *pontes*, por estabelecerem a ligação entre o “conceito-quadro”, isso é, pessoas, objetos e fatos, previstos nas hipóteses de incidência normativa, com determinado ordenamento jurídico, sendo instrumentos fundamentais das normas de conflito. Embora distinga, analiticamente, os “elementos de conexão” e “conceito-quadro” como dois elementos estruturadores das normas de conflito, conclui que os “elementos de conexão” seriam entes “bifrontais”, pois ocupariam “ambos os setores da proposição normativa” (XAVIER, 2014, p. 223-224).

Entendem-se os elementos de conexão como enunciados jurídicos que compõem norma jurídica de conexão, a qual, como todas, é estruturada logicamente como juízo hipotético condicional, composta de antecedente, conseqüente e vínculo relacional. A norma jurídica de conexão terá, em sua hipótese de incidência, o fato jurídico relevante e, no conseqüente, a relação jurídica em que o ordenamento jurídico de um Estado é competente para regular determinada conduta.

Nessa concepção, o operador, ao constituir a norma jurídica de conexão, deverá levar em conta não apenas o elemento de conexão, como também outros enunciados que compõem o ordenamento jurídico.

3 Princípio da territorialidade

Os elementos de conexão deverão manter liames com o ordenamento jurídico de um Estado.

A soberania é a racionalização jurídica do poder político, que transforma a força em poder legítimo. Configura-se de diversas formas, sempre apontando para identificação de uma autoridade suprema, que reúne o monopólio da força num território, possibilitando a independência e a autodeterminação de um Estado (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUIM, 1995, p. 1179).

Uma das facetas da soberania é o poder de tributar, que a garante de recursos para a execução de suas funções. A soberania tributária confere ao Estado o poder para estabelecer normas de arrecadação e fiscalização de tributos, e essa soberania vai além dos seus limites territoriais (VALADÃO, 2000, p. 192-199).

O direito tributário internacional está intrinsecamente conectado à soberania tributária, ocupando-se de delinear os limites da competência entre os Estados. Surge o princípio da territorialidade como o primeiro critério de delimitação das soberanias e do âmbito de eficácia dos ordenamentos jurídicos, fundado não apenas em normas de direito interno, como também de direito internacional.

Para Claudio Sacchetto (2003, p. 44), sendo a ordem internacional constituída por Estados soberanos, que desenvolveram suas economias nos limites de seu território, fazia sentido eleger o princípio da territorialidade como critério de delimitação do alcance das normas jurídicas, pois, ainda que encerrasse grande conteúdo ideológico, mostrava-se como o mais racional, enquanto elemento mais significativo de um Estado.

O território é critério de legitimação da soberania tributária e de seu exercício, fundados nos âmbitos de validade e eficácia espacial da norma tributária; opera como referencial para estabelecer os critérios de conexão entre a ordem jurídica de um Estado e um evento tributável.

O princípio da territorialidade, em seu sentido *lato*, deve ser tomado como vínculo com determinado Estado, congregando todas as normas de conexão que ligam um ordenamento jurídico a determinado fato.

Em sua acepção pessoal ou subjetiva, o princípio da territorialidade determina que a tributação se limite a atingir pessoas sediadas, domiciliadas ou residentes no território. Já no sentido real ou objetivo, determina que a tributação alcance fatos ou bens vinculados ao território (como o local da fonte de produção ou o pagamento do rendimento, o estabelecimento permanente, o exercício da atividade ou a situação do bem).

No direito tributário, há diversos elementos de conexão que definem a jurisdição fiscal competente, como o da universalidade e o da fonte para os tributos sobre a renda, o da origem e o do destino, na tributação sobre o consumo. Todos os elementos de conexão são corolários do princípio da territorialidade, pressupondo um liame com o território, subjetivo ou objetivo.

O direito de tributar do Estado parte da premissa de que o evento tributável mantém conexão com o território. Critérios da nacionalidade, residência, fonte de produção, pagamento, dentre outros, são fatos que vinculam uma ordem jurídica ao evento tributável.

Todos esses critérios podem ser eleitos por um ordenamento jurídico para estruturar a competência, porém deve haver um liame legítimo do evento tributário com o Estado. Como afirma Heleno Torres, podem existir diversos critérios para vincular um ordenamento jurídico a um evento, mas, se não houver conexão, não há tributação (TORRES, 2001, p. 300).

Na origem do princípio da territorialidade, vigorava uma interpretação restritiva de sua aplicação, entendendo-se que, cumulativamente, tanto aspectos subjetivos

como objetivos deveriam estar vinculados ao território. Contudo, na evolução histórica, tem-se a suficiência de um ou outro elemento.

O desenvolvimento histórico do princípio conferiu-lhe maior espectro semântico, de sorte que, entendido originalmente como vínculo com território, em sentido estrito, na sua evolução, foi concebido como conexão com o próprio Estado, como liame econômico. Na tributação direta, o vínculo pode se constituir no *princípio da fonte*, quando o fato jurídico tributário ocorrer no território; ou no *princípio da residência* e no *princípio da nacionalidade*, quando o liame for de natureza subjetiva (SCHOUERI, 2005, p. 337).

Sob a perspectiva teórica, o conteúdo clássico do princípio da territorialidade foi definitivamente alterado no século XX, com Kelsen, para quem a norma jurídica não mais aparecia inexoravelmente vinculada ao território, sendo válida em qualquer lugar e desde que não houvesse limitações em seu aspecto temporal e espacial (SACCHETTO, 2003, p. 47).

Claudio Sacchetto afirma que o Caso Lótus, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1927, permitiu compreender que o exercício de atividades soberanas, dentre as quais o poder de tributar, não deveria suplantiar os limites estabelecidos pelo direito internacional para o exercício de jurisdição, ou a soberania do outro Estado, com base em princípio consolidado de costume internacional geral (2003, p. 49). Lótus era um navio francês que colidiu com um turco, afundando-o e matando oito tripulantes. O episódio levou à prisão do capitão do navio francês e do turco, em Constantinopla. A Corte entendeu que a Turquia não teria ofendido o direito internacional, pois não havia tratado internacional que limitasse o exercício de sua jurisdição fora do território.

Após a 2ª Guerra Mundial, surgem novos paradigmas para a determinação do alcance da territorialidade por influência, especialmente, da doutrina anglo-saxã, que enfocou critérios pragmáticos, em detrimento de dogmáticos, fundados na legitimidade da imposição, o que representou um salto ideológico e jurídico fundamental para o estudo do tema.

A ênfase na operacionalidade do princípio da territorialidade passa a ser a realização do primado da neutralidade fiscal nas trocas internacionais e a equidade entre os Estados, em acepção horizontal, havendo a preocupação em distribuir a base tributável entre as diversas jurisdições fiscais, com eficiência e sem dupla tributação (SACCHETTO, 2003, p. 49).

Sob o prisma dogmático, no intuito de sistematizar a aplicação do princípio da territorialidade, a doutrina trabalhou com diversas classificações. Na doutrina

anglo-saxã, trabalha-se com a ideia de *jurisdiction to prescribe or to impose* e *jurisdiction to enforce or to compel*².

Referidas categorias estão imbrincadas com os critérios da territorialidade material e formal. Sob a territorialidade material, perquire-se sobre limites internos e internacionais, para que uma ordem jurídica estatal alcance eventos tributáveis com elemento internacional, aceitando-se tão somente limites estabelecidos pelo direito interno ou por normas de direito internacional. O critério é o de validade, pois se refere ao alcance abstrato das normas, isto é, à possibilidade de a lei tributária contemplar fatos externos ao território.

A territorialidade material concerne ao problema de vigência e validade das leis no espaço, não se confundindo com a possibilidade de disciplinar eventos que encerrem elementos internacionais, pois a norma jurídica pode deter eficácia ultraterritorial, mormente nas hipóteses em que o vínculo com o território é subjetivo (TORRES, 2001, p. 82).

Sob a territorialidade formal, questionam-se os limites de atuação de determinada ordem jurídica estatal, ou seja, aborda-se o plano da eficácia normativa jungido à ideia de soberania, como respeito à inviolabilidade territorial do Estado, direito à independência e à proteção aos cidadãos.

No direito tributário internacional, a aplicação dessas categorias tem impactos em questões como a da constituição e exequibilidade do crédito tributário fora dos limites do território, das fiscalizações, das sentenças condenatórias a pagamentos de tributos. Em suma, o princípio da territorialidade, como critério legitimador da soberania tributária, deve nortear a constituição da norma jurídica de conexão, em eventos com elementos internacionais.

Contudo, todas as discussões acerca do princípio da territorialidade estão sendo profundamente impactadas pelas mudanças trazidas pela economia digital. Novamente, deverá se refletir sobre a mudança de paradigma para se operacionalizar o princípio da territorialidade e a eficácia dos elementos de conexão, erigindo-se estruturas normativas hábeis a captar novos eventos imponentes.

4 Elementos de conexão e princípio da territorialidade

Para que os elementos de conexão se legitimem juridicamente, devem manter laços com o território estatal. Tais elementos podem ser estruturados de diversas formas.

2 Jurisdição para prescrever ou impor e jurisdição para exigir ou compelir (tradução nossa).

Na doutrina clássica de direito internacional privado, os elementos de conexão são categorizados em pessoais, reais, formais, volitivos, religiosos e delituais.

Dolinger afirma que o estatuto pessoal é regido pela lei nacional, o estatuto real determinado pela lei de situação do bem e os atos jurídicos pela lei de sua ocorrência ou de eleição das partes (2012, p. 296).

A determinação do elemento de conexão está jungida ao *centro de gravidade*, local em que a relação jurídica está mais intimamente vinculada, ou, no direito norte-americano, onde há *the most significant relationship*³.

Segundo Haroldo Valladão, as regras de conexão poderão se ligar a um território, como a situação do bem, lugar do ato ou fato, lugar de origem ou nascimento (naturalidade), domicílio, residência habitual; pessoais, como a nacionalidade pelo critério *jus sanguinis*, religião, etnia, vontade expressa ou tácita; e institucionais, como a matrícula do navio ou aeronave e o foro, enquanto o juízo ou autoridade competente para o caso (VALLADÃO, 1971, p. 265).

O critério unificador, que sistematiza todos os elementos de conexão, é o princípio da territorialidade, em sentido amplo. A eleição de elementos de conexão deverá ser atrelada a determinada ordem jurídica estatal, em razão dos limites da soberania.

Para efeitos de sistematização, entende-se que os elementos de conexão são objetivos e subjetivos:

- Subjetivos ou pessoais, se referentes aos sujeitos da relação jurídica: alcançam regras de estatuto pessoal, como domicílio, residência e nacionalidade;
- Objetivos, se referentes ao objeto da relação jurídica: alcançam regras sobre a localização de bens concernentes ao local de execução ou de constituição de atos e negócios jurídicos.

A territorialidade, em seu sentido estrito, associa-se aos elementos de conexão objetivos, que se relacionam ao lugar de execução, celebração ou constituição de atos e negócios jurídicos, sendo que o direito internacional, classicamente, estabelece como principal vetor o *locus regit actum* (STRENGER, 2005, p. 369).

Tradicionalmente, o princípio que determina qual o direito aplicável é o *locus rei sitae* ou o local da situação da coisa, em matéria de posse e direitos reais e, nesse caso, o território é tomado como elemento de conexão autônomo. As relações jurídicas nas quais os direitos e as obrigações gravitam em torno de bens, direitos

³ A relação mais significativa (tradução nossa).

reais e desdobramentos, invariavelmente, têm como elemento de conexão o lugar da situação da coisa, que estabelece segurança jurídica e praticidade na tributação.

A regra *locus regit actum* determina que a forma dos negócios jurídicos é regida pelo direito do local de sua celebração e terá caráter facultativo apenas se aplicada aos casos em que a lei do Estado que rege a relação jurídica determine, nos negócios jurídicos reais, se a lei do Estado da situação da coisa determinar, ou ainda, se não houver proibição.

Os elementos de conexão subjetivos, tomados como nexos relativos aos sujeitos da relação jurídica, alcançam regras relativas ao estatuto pessoal, como o domicílio, a residência e a nacionalidade.

A residência, vinculada à presença física habitual em um lugar, tem condição factual, não condicionada à capacidade nem à intenção de permanência indefinida em um local, como o domicílio. Para pessoas jurídicas, há o critério de conexão da sede efetiva da administração de uma sociedade, a determinada pelo seu estatuto, ou do local de constituição.

A nacionalidade enfeixa as regras do estatuto pessoal de um indivíduo, vinculando-o ao ordenamento jurídico de determinado Estado e, por essa razão, comumente empregado em normas de conexão. A preferência pela nacionalidade aperfeiçoa-se pelo entendimento de que um indivíduo está mais arraigado à sua nação, ao seu domicílio, pois a personalidade se determina pela nacionalidade.

Entre a eleição do domicílio e a nacionalidade, há diversos argumentos favoráveis a cada um; não obstante, as regras de domicílio podem variar em cada Estado, além de encerrarem fator subjetivo de difícil comprovação, ao passo que a nacionalidade é facilmente demonstrada por documentos oficiais.

Observe-se que tanto a eleição do elemento de conexão como a significação que lhe será atribuída poderão variar de acordo com a subárea do Direito que o legislador visa disciplinar. O *domicílio*, por exemplo, pode ser elemento de conexão para produção de efeitos jurídicos processuais, de direito internacional privado, tributário, civil, político e comercial.

Ao eleger os elementos de conexão, o legislador orienta-se pelos valores da sociedade, havendo margem de discricionariedade que poderá apontar para diversas soluções legítimas. Exemplificativamente, o elemento de conexão para disciplinar as relações jurídicas advindas do matrimônio poderá ser a nacionalidade, o domicílio, ou o local de celebração, e as possibilidades legítimas para a eleição do legislador, que deverá optar pelo que melhor atenda aos desígnios sociais.

Primordialmente, a norma de conexão deve estar em harmonia com os valores da ordem jurídica interna ou possibilitar a sua realização. No caso do direito tributário brasileiro, deve-se observar os princípios da estrita legalidade, da segurança jurídica, da igualdade, da capacidade contributiva, adequados à estrutura de tributação de referência (tributação direta ou indireta), além de todos os valores resguardados pela Constituição federal.

Considerando-se a função precípua da norma de conexão, de determinar o direito aplicável, é fundamental que haja certeza e previsibilidade na prescrição, permitindo que os destinatários do comando normativo possam identificar o direito aplicável com precisão. Sob o manto da segurança jurídica e de seu corolário, o princípio da certeza do direito, ao jurisdicionado deve ser assegurada a previsibilidade no emprego da norma de conexão aplicável à atividade.

Da mesma forma, a norma de conexão deve se harmonizar com os valores da ordem internacional, com os costumes internacionais e com o direito tributário internacional. A norma jurídica de conexão deve, assim, refletir os compromissos assumidos pelo Estado em convenções internacionais.

Quanto à adequação, a norma jurídica de conexão deverá atender às características e às peculiaridades do evento que visa regular. Assim, no caso de tributação de serviços realizados em bem imóvel, o elemento de conexão mais adequado é o da localização do próprio bem, pela sua praticabilidade.

Deve ser ponderada a aplicação do princípio da *conexão mais forte*, ou da *relação mais significativa*, a orientar a formulação e aplicação das normas de conexão, a qual abrange todos os elementos de valoração que permeiam as normas de conexão e a orientação para sua aplicação.

No direito tributário, são fortemente difundidas as técnicas de redução simplificadoras, que viabilizam a sua operacionalidade e conferem precisão à sua aplicação, ambiente de segurança jurídica aos contribuintes e eficácia na arrecadação (COSTA, 2007, p. 168). Tais técnicas estabelecem médias, padrões ou abstrações generalizantes, em detrimento das especificidades do caso concreto, como é o caso da técnica da substituição tributária. Trata-se do denominado princípio da praticabilidade da tributação (DERZI, 1998).

Esse princípio é inerente à operacionalidade lógica do Direito, pois, no desempenho de regular as condutas sociais intersubjetivas, se deverá promover cortes simplificadores nos eventos sociais, para que possam ser apreendidos nas estruturas da norma jurídica. É um princípio relevante, especialmente quando o legislador visa estruturar as normas de conexão que não podem ser alcançadas

pelo princípio da territorialidade em sentido estrito, em razão das características do evento. É o caso da tributação dos bens intangíveis, pois, nessas hipóteses, enfrenta-se o desafio da ausência de rastreabilidade das operações as quais se busca tributar.

Assim, quando um sistema jurídico estatal estabelece quais os critérios de conexão que determinam o direito aplicável nas relações com elemento internacional, diversos fatores serão considerados, havendo margem de discricionariedade ao legislador.

Os limites para a eleição de determinado elemento de conexão estão na observância da soberania de outro Estado nos acordos internacionais ratificados, nos valores e limites postos na própria ordem jurídica interna, na praticabilidade, além da existência de um nexo entre o evento que se quer disciplinar com o respectivo território.

5 Normas jurídicas de conexão da tributação direta na economia digital

Anteriormente, afirmou-se que o princípio da territorialidade no direito tributário internacional determina que a competência dos Estados se cinge a fatos e a pessoas que mantenham liame com o território.

Não se admite o abuso de conexão de um Estado, isto é, não se tolera a tributação de fatos que não se vinculem ao território, a eleição de normas de conexão desarrazoáveis, ou o abuso de convenções (*treaty shopping*) (NABAIS, 2005, p. 235). Os Estados devem imprimir racionalidade na eleição dos critérios de conexão, saturando-os com os princípios da sua ordem jurídica, como igualdade, capacidade contributiva e segurança jurídica.

De resto, os Estados são livres para estabelecer elementos de conexão, o que, invariavelmente, redundará em problemas de múltipla tributação ou na ausência de tributação, considerando-se que, dentro do rol de legítimas possibilidades, pode haver sobreposição de competências tributárias, quando dois ou mais Estados elegerem critérios de conexão desarmônicos.

Acresça-se que há autores que entendem haver uma espécie de consenso internacional, ou direito costumeiro internacional, daí a existência de um regime internacional acerca dessas materialidades, que devem obedecer ao princípio da tributação única (evitando a dupla imposição) e ao princípio do benefício que envolve a disputa da residência x fonte (AVI-YONAH, 2005, p. 2-3).

A economia digital trouxe alterações contundentes no ambiente social e na forma de se fazer negócios, as quais revelaram a inadequação dos elementos de conexão atualmente empregados.

A falibilidade dos elementos de conexão utilizados para a tributação das riquezas produzidas na economia digital tornou-se um consenso internacional. O grande dissenso, todavia, é quais seriam os elementos de conexão que se acomodam à dinâmica atual da realidade e em que medida poderiam ser eleitos de forma multilateral.

Classicamente, na tributação direta, os dois grandes elementos de conexão utilizados são os da residência e os da fonte.

O princípio da residência estabelece que a tributação incidirá sobre a universalidade das rendas e bens das pessoas residentes no território do Estado, independentemente da sua origem, ou seja, alcançando-se fontes internas e externas ao território.

O princípio da fonte consiste em tributar rendas cujas raízes e fontes se encontrem nos limites do território do Estado, independentemente da residência ou da nacionalidade das pessoas que auferem as rendas.

Observe-se que, na doutrina e nos ordenamentos jurídicos, o conceito de *fonte de produção* pode designar tanto o local onde o rendimento foi gerado, como o local de origem do pagamento, o que, na prática, são circunstâncias que podem ocorrer no território de distintos Estados.

A eleição desses critérios foi, em grande parte, atrelada a questões político-econômicas, assumindo-se que um país importador de capitais será o da produção dos rendimentos, da mesma forma que um país exportador de capitais será o da residência do beneficiário. A aplicação de um ou outro elemento de conexão correspondeu ao embate entre países desenvolvidos, capitaneado pela OCDE, e os menos desenvolvidos, pela ONU.

No embate entre o princípio da residência e o da fonte, os defensores do primeiro assentaram seus argumentos no fato de que a consideração da universalidade do rendimento de uma pessoa conferiria condições para a realização do princípio da capacidade contributiva.

Por sua vez, o princípio da fonte seria critério de legitimação da soberania tributária e de seu exercício dentro de limites espaciais. Tal aplicação da territorialidade como elemento de conexão objetivo validaria a aplicação

do princípio da fonte, como critério de tributação da renda produzida dentro do território.

A sucinta definição desses dois elementos de conexão é a porta para uma rede complexa de questões que dão origem à múltipla ou à ausência de tributação de rendimentos. Por exemplo, em um mesmo ordenamento jurídico, podem coexistir ambos os elementos de conexão, tributando-se os residentes, ao mesmo tempo que se tributam os rendimentos produzidos localmente por não residentes.

Está além dos objetivos deste artigo aprofundar-se nas justificativas para essas correntes. Ao contrário, o que se quer evidenciar é que os fundamentos dessa polarização não mais subsistem em face dos tipos de negócios surgidos na economia digital.

Com efeito, os fundamentos tradicionais para as discussões entre residência e fonte são inoperantes para os debates sobre a tributação das rendas oriundas da economia digital sobre a qual se erige o *Digital Service Tax*, considerando-se novas variáveis fáticas.

Tradicionalmente a tributação era atrelada a normas de conexão que veiculavam elementos objetivos. O vínculo com o território que fundava o poder de tributar referia-se ao local de situação de bens, exercício de atividade, local de fonte de produção ou pagamento do rendimento, do estabelecimento estável.

A evolução histórica e a globalização acarretaram, nos dizeres de José Casalta Nabais, a “crescente desmaterialização dos pressupostos de facto dos impostos e a tendência de personalização da tributação” e, em decorrência, a preferência por elementos de conexão subjetivos (2005, p. 231).

A mobilidade dos agentes e os fatores de produção, na atuação de empresas transnacionais, apontavam para a obsolescência do princípio da territorialidade em sentido estrito, como conexão que enfatizava o lugar de execução, de celebração ou de constituição de atos e negócios jurídicos.

Paradoxalmente, no âmbito da economia digital, em que se sobressaem a intangibilidade de bens e a desmaterialização de estabelecimentos, para o fornecimento de serviços em determinada jurisdição, demonstrou-se a insuficiência do princípio da residência para capturar esses signos de riqueza. Há a retomada da adoção do princípio da fonte, enquanto elemento de conexão que vincula o fornecimento ao território, conferindo praticabilidade para a arrecadação.

Os elementos de conexão na tributação indireta, da mesma forma, sofrem os influxos da economia digital. Apesar de não haver maiores divergências

quanto à questão de o princípio do destino tomar o local do consumo como dado relevante para a incidência da tributação, a delimitação do termo *consumo*, em suas coordenadas espaço-temporais, nem sempre é simples no que diz respeito às novas tecnologias (ARAUJO, 2021, p. 128).

Com efeito, a corporeidade do bem permite que se elejam elementos de conexão para a deflagração da incidência tributária de forma mais eficiente, pois a tributação *colará* no destino do bem. As discrepâncias na aplicação do princípio do destino trazem opções alternativas para as legislações tributárias, como critérios do pagamento como nexos, para alinhar a arrecadação de impostos.

Na tributação direta, o princípio da fonte foi revisitado no âmbito da economia digital, tanto no que tange ao seu contexto, como na sua significação.

Quanto ao seu contexto, a dinâmica da economia digital alterou profundamente a forma de alocação de rendimentos, rompendo com o formato de polarização entre países exportadores e importadores de capital sobre a qual se assentava o Modelo de Convenção da Liga das Nações, surgido no período pós 1ª Grande Guerra, referência para os modelos que viriam depois.

Os modelos de negócios tecnológicos não aderem à referida dialética, de modo que países desenvolvidos e em desenvolvimento sofrem, igualmente, da erosão de suas bases tributáveis, pela atuação das empresas gigantes de tecnologia, especialmente as localizadas no Vale do Silício, no estado da Califórnia, Estados Unidos da América.

Ilustrativamente, de acordo com levantamento de 2019 feito pelo *US Bureau of Economic Analysis*, o Produto Interno Bruto (PIB) da Califórnia foi de US\$ 3,133 trilhões. Se esse estado fosse um país, seria a 5ª economia do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China, do Japão e da Alemanha, de acordo com dados do Fundo Monetário Internacional (FMI). Grande parcela da força econômica da Califórnia advém das grandes empresas de tecnologia, embora a participação de outros setores, como o de entretenimento, também seja robusta.

A influência econômica das empresas gigantes da tecnologia é tamanha que são referidas com acrônimo próprio: GAFAM, sigla que se refere às iniciais das empresas *Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft*. GAFAM não é um Estado, mas possui receitas somadas maiores que o PIB de muitos países.

A atuação dessas e de outras empresas que exploram negócios tecnológicos similares minou a eficácia do princípio da residência, à medida que o desenvolvimento de suas atividades independe de estruturas físicas.

Essas empresas podem se estabelecer em países com baixa de tributação ou que lhes ofereçam vantagens fiscais, em quaisquer partes do mundo.

Por outro lado, os países em que essas empresas atuam adotam o princípio da residência, aplicando-se o da fonte para apenas alguns tipos de rendimento e, quando existente estabelecimento permanente, no país da fonte. Tal mecanismo é a base dos Modelos OCDE de convenção para se evitar a bitributação, adotado parcialmente pelo modelo da ONU.

Os elementos de conexão são baseados em critérios concebidos para negócios tradicionais calcados na tangibilidade, de forma que os rendimentos de grandes corporações tecnológicas escapam ao crivo dos países em que atuam. Exemplo elucidativo é a disputa judicial entre o fisco francês e a empresa *Google-Alphabet*, cujo objeto era a tributação do rendimento da prestação de serviços de publicidade, o *Google Ads*, responsável por mais de 90% dos rendimentos do grupo.

O Judiciário francês extinguiu a cobrança de tributos de cerca de €1 bilhão, sob o fundamento da inexistência de estabelecimento permanente na França, conexão sobre a qual está fundada a estrutura tributária francesa, estando pendente decisão definitiva (FUCHS, 2018, p. 50).

Premidos pela crescente erosão de suas bases tributárias e em face da manifestação judicial que declarava a inadequação dos elementos de conexão positivados para os negócios digitais, a França optou por alterar a sua legislação criando um tributo, que considera um novo elemento de conexão para alcançar referidos rendimentos: tributo tipo DST, conhecido como *taxe GAFA*.

Para as finalidades deste trabalho, frise-se que a falta de vínculos com os territórios dos Estados na atuação de grupos multinacionais impôs que os critérios de jurisdição fiscal com base na residência, na fonte de produção ou de capital, nos estabelecimentos permanentes perdessem a eficácia.

Em substituição, os tributos do tipo DST conferem ênfase no mercado e nos dados do consumidor, como fator relevante de criação de valor, elegendo-os como conexão hábil a fixar a jurisdição tributária.

Retorna-se a um elemento de conexão objetivo, a localização do mercado consumidor, tributando-se, na fonte de pagamento, os rendimentos de negócios digitais, de sorte que todos os países destinatários dos bens digitais que possuem mercados consumidores são *fonte*. Países desenvolvidos ou em desenvolvimento *estão no mesmo barco*, pois são países de fonte de mercados consumidores para as empresas de tecnologia. O princípio da fonte na economia digital, cerne do DST,

objetiva promover novos parâmetros de distribuição em vista da erosão da base tributária dos países de origem.

Por essa razão, afirmam Yariv Brauner e Andres Baez que o novo regime de retenção na fonte assenta-se no princípio da erosão da base, que, embora frequentemente criticado como insuficiente para justificar a tributação, não se provou menos eficiente como critério de alocação de direitos de tributação do que teorias mais sofisticadas, como a teoria do benefício (2015, p. 9).

Os autores entendem que os esforços devem se concentrar no aprimoramento da técnica do DST, para que seja simples, executável e útil no combate da dupla não tributação, que é a justificativa teórica *per se* do modelo de tributação de retenção na fonte. Quaisquer outras discussões valorativas no sentido da justiça da tributação não são forças motrizes para que se encontrem as soluções para os desafios de tributação.

Questões de tal dimensão estão modificando os paradigmas da tributação e promovendo reflexões para os Estados, que se dedicam às possíveis maneiras de tributar e melhor destinar as receitas provenientes da economia digital (ARAUJO, 2021, p. 126).

6 Desafios para um acordo multilateral para a tributação da economia digital

No âmbito multilateral, a OCDE lançou, em maio de 2019, um programa de trabalho voltado para os desafios tributários da economia digital, na sequência dos trabalhos da *Action 1* do programa *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS⁴).

Após consultas públicas com mais de 130 países, foram erigidos dois pilares para as negociações: o Pilar 1, consistente, em síntese, na instituição de um DST; e o Pilar 2, consistente na criação de imposto mínimo global, no combate à elisão fiscal. Até o final de 2020, a OCDE esperava concluir essas negociações, porém, ainda se encontram em andamento em 2021, devido à complexidade do tema e ao impacto que a pandemia da covid-19 teve no andamento das negociações.

O Projeto BEPS da OCDE foi lançado em 2013 com o objetivo de combater a elisão tributária internacional, por meio de medidas conjuntas dos Estados. Com a participação de mais de cem países foi concebido um plano com 15 ações. A Ação 1, cujo relatório final foi publicado em 2015, é endereçada ao comércio internacional de serviços e intangíveis, no âmbito da economia digital (*Addressing the Tax*

4 Erosão de base e transferência de lucros (tradução nossa).

Challenges of the Digital Economy)⁵. Na ocasião, reconheceram-se os desafios trazidos pela economia digital, principalmente no que se refere à alocação dos direitos de tributar a renda das atividades transfronteiriças entre as diversas jurisdições fiscais.

O dinamismo e a relevância econômica da economia digital determinaram que a OCDE afirmasse o contínuo monitoramento e o relatório ulterior sobre o tema. Embora em 2015 tivessem sido pontuadas algumas possibilidades para o enfrentamento dos desafios, não houve consensos ou recomendação para que fizessem parte do *pacote BEPS*.

Diversos trabalhos foram desenvolvidos, na mesma medida que o problema da erosão das bases tributárias foi se recrudescendo.

Em março de 2017, os ministros das finanças do G-20 iniciaram o *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS* e, por meio de grupo de trabalho dedicado à economia digital, trabalharam em um relatório provisório, entregue em 2018, o *Interim Report*. Esse relatório analisou novos modelos de negócios e suas implicações para o sistema tributário internacional, principalmente no que se refere a regras de conexão e alocação de lucros. Contudo, os países não chegaram a consensos, exceto em relação à constatação de dificuldades para criar regras para a economia digital.

No início de 2019, houve uma consulta pública da qual se originou um programa de trabalho (*May PoW*), aprovado pelos líderes do G20 em meados do mesmo ano. Das consultas públicas, delineou-se o objetivo de um acordo multilateral que gravita em torno de dois eixos, Pilar 1 e Pilar 2.

Os trabalhos são consubstanciados de denso material, que versa sobre aspectos técnicos e políticos, emanados de representantes de governos, empresas, sociedade civil e academia. Dentre os temas, há questões envolvendo segurança tributária, conformidade simplificada, prevenção e resolução de disputas, eliminação da dupla tributação. E, mais importante, os esforços visam evitar a proliferação de medidas unilaterais.

Observe-se que um tema debatido é o conceito de *presença digital significativa* (*significant digital presence* – SDP), que adaptaria e ampliaria o conceito de *estabelecimento permanente* (PE) dos Modelos OCDE e ONU. O PE tomaria como critérios o montante das receitas da prestação de serviços digitais, número de usuários, contratos de fornecimento celebrados por usuários empresariais localizados no Estado-Membro (HONGLER; PISTONE, 2015, p. 23-26).

5 Enfrentando os desafios tributários da economia digital (tradução nossa).

A revisitação do conceito de *estabelecimento permanente* garantiria a preservação de eficácia do exercício da jurisdição e justiça tributárias na alocação de direitos tributários sobre a receita comercial transfronteiriça, alinhada com os princípios gerais existentes do direito tributário internacional e apoiada sobre uma reconstrução teórica, à luz de nova dimensão para a teoria dos benefícios.

Não é o objetivo deste artigo discorrer sobre essa proposta, embora seja relevante a menção, pela importância na formação dos debates. No entanto, para o estudo de suas características essenciais, de suas definições e dos possíveis problemas de implementação, o trabalho de Peter Hongler e Pasquale Pistone é elucidativo.

O Pilar 2, que veicula a proposta de um imposto mínimo global ou taxa mínima efetiva global de tributação, cria embaraços para que empresas se estabeleçam em jurisdições de baixa tributação e se inspirem nas novas regras fiscais americanas, aplicadas aos lucros de empresas dos EUA não submetidas a um nível mínimo de tributação no exterior, adotadas na lei de reforma tributária de 2017 (OCDE, 2020, p. 27-30).

Quanto ao Pilar 1, DST, exploraram-se diferentes propostas articuladas pelos membros do *Inclusive Framework*, repartindo a tributação dos lucros que seriam excedentes do *normal* com os diversos países onde ocorre a atuação da empresa multinacional (compreendendo três montantes), apurando pontos comuns e preenchimento de lacunas, com o objetivo de traçar os contornos de uma abordagem unificada até o início de 2020 (OCDE, 2020a, p. 6-16). Contudo, as discussões vêm se arrastando e sofrendo também o impacto da pandemia da covid-19.

Certamente, o DST é a medida mais polêmica, pois a sua estrutura rompe com vigentes critérios de determinação de jurisdição fiscal e de alocação de renda e com as clássicas teorias de tributação.

Por buscar a tributação de negócios digitais realizados especialmente por empresas americanas, o DST encontrava forte oposição de seu governo. No final de 2019 e início de 2020, o governo norte-americano manifestou-se desfavoravelmente à aplicação do Pilar 1 e em total concordância com o Pilar 2. A proposta norte-americana é a da adoção do Pilar 1 como um *safe harbour*, ou seja, tornaria essa medida opcional, ao passo que a proposta do Pilar 2, de imposto mínimo global, manter-se-ia obrigatória. Não obstante, observa-se que detalhes maiores da operacionalidade desse *safe harbour* não foram oferecidos (OCDE, 2020b).

Essa é a base do atual impasse, na medida em que o *resto do mundo* e os ministros de finanças dos países membros entendiam que a falta de acordo sobre o primeiro

pilar é essencial para que haja eficácia na proposta da OCDE. Até porque o DST já é uma realidade em diversos países europeus, de maneira que a inexistência do acordo ao nível multilateral, inexoravelmente, cederá espaço a guerras fiscais, que apenas têm sido relativamente contidas, sob a expectativa do consenso na OCDE.

A despeito de a OCDE ter encabeçado os trabalhos a fim de alcançar um acordo multilateral para tributar a economia digital, a ONU vem desenvolvendo estudos sobre a mesma temática.

O Comitê de Peritos das Nações Unidas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária editou relatório sobre os desafios da tributação na economia digital, abordando diversas questões enfrentadas pelo BEPS, que devem ter interface no Modelo de Convenção da ONU. Por exemplo, o Comitê se manifestou no sentido de que, nos lucros dos negócios digitais, pode se considerar o valor dos bens formado por vários fatores referentes ao local de consumo, conferindo ao país de mercado o direito de tributação. Porém, a forma de tributação deve ser simples para as administrações fiscais e fácil de cumprir pelos contribuintes, pois muitos países em desenvolvimento não têm capacidade para administrar soluções complexas (ONU, 2019, p. 13).

O relatório informa que a ONU trabalhará em soluções que revisitem o conceito de estabelecimento permanente ou definição de regras complementares de conexão, levando em consideração atividades remotas com envolvimento intensivo das empresas digitais e economias de mercado, como a mobilização de contribuições de usuários que não impliquem intervenção humana local por pessoal ou agentes dependentes.

Ademais, outra frente do Comitê é a consideração de regras semelhantes às relativas à tributação da renda passiva, sobre base líquida, para permitir a tributação na fonte dos serviços digitais, com a criação de um novo artigo 12B ao Modelo ONU.

Observe-se que a ONU vem emitindo entendimentos sobre a aplicação do artigo 12A do Modelo ONU 2017 (que não existe no Modelo da OCDE) relativos à obrigação de retenção na fonte sobre serviços técnicos, gerenciais e de consultoria na economia digital (ONU, 2017).

O artigo 12A no Modelo ONU visa preservar direitos dos países do mercado consumidor da erosão de suas bases tributáveis, voltado para serviços técnicos, gerenciais e de consultoria, prestados sem presença física no estado de origem. A aplicação do artigo 12A, por si só, resulta *nexo* suficiente, devendo haver tributação no Estado de residência do pagador, prescindindo-se de presença física, força

de trabalho ou local fixo de negócios. Essa sistemática diminui a erosão da base tributária de forma simples e segura, sendo o imposto retido na fonte final, da perspectiva do Estado da fonte, ao passo que o de residência concederia isenção do imposto pago.

No Brasil, tradicionalmente, incluiu-se provisão específica sobre tributação de serviços técnicos nos acordos para evitar a dupla tributação, permitindo que pagamentos a qualquer título relativos a serviços técnicos sejam tributados na fonte, à alíquota de 15% sobre os preços desses serviços⁶.

De acordo com a Receita Federal do Brasil, conforme expresso no Ato Declaratório Interpretativo nº 5/2014, as remessas ao exterior para pagamento de serviços técnicos, assistência técnica (com ou sem transferência de tecnologia), serviços profissionais ou pessoais independentes serão enquadradas como *royalties*, quando houver disposição expressa em protocolo da convenção que faça essa equiparação. A tributação desses rendimentos será na fonte. Acresça-se que a legislação brasileira confere amplo espectro semântico para *serviços técnicos*, incluindo todos os serviços que requeiram conhecimento técnico especializado, assistência, gestão e consultoria administrativa.

Essa incidência na fonte do imposto sobre a renda sempre foi posição criticada, não apenas por juristas e operadores do Direito estrangeiros, como também pela própria doutrina brasileira.

Entretanto, essa sistemática de tributação, outrora alvo de censuras, hoje é elevada à solução para os países afetados pela erosão de suas bases tributárias. A disposição da ONU do artigo 12A traz mais consistência à redação e à administração de tais cláusulas, não apenas da perspectiva dos acordos internacionais, mas também da legislação nacional correspondente. Destaque-se que o Brasil vem adotando tal cláusula (12A) nos tratados de dupla tributação após 2017.

Diante desse cenário, é relevante que o Brasil, que já adota tal sistemática de tributação, possa avaliar e ampliar o seu alcance para a tributação dos modelos de negócios digitais, nos moldes das propostas do DST, considerando que é um grande mercado consumidor de bens digitais, com tendência de aumento contínuo (ARAÚJO; AFONSO, 2020, p. 423-424).

O DST possui os contornos básicos do artigo 12A do Modelo ONU, que tradicionalmente defendeu o privilégio aos países da fonte, na atribuição de

6 Com exceção das convenções para evitar dupla tributação celebradas com Áustria, Finlândia, França, Japão e Suécia.

direitos de tributação, em oposição ao Modelo OCDE. Hoje, o DST está na pauta principal da OCDE, da ONU, da União Europeia e de diversos países que o adotam como medida unilateral.

Portanto, na realidade da economia digital, a sistemática do IRRF está em evidência. As propostas de tributação da economia digital têm, em cláusulas com esse formato, mecanismo de atenuação da erosão tributária prático e eficiente, o que as torna cada vez mais populares, não apenas entre os países em desenvolvimento, como entre os desenvolvidos.

7 Conclusão

A radical alteração da realidade social promovida pela revolução digital trouxe consigo a desconcertante constatação de que os elementos de conexão tributários não mais são aptos a abrigar os novos modelos de negócios.

Nessa esteira, surgem reflexões sobre a conveniência de reformas pontuais que atinjam apenas certos modelos de negócios digitais, embora já se saiba que não é mais possível segregar a economia digital.

Velhas contendas, como o princípio da fonte *versus* residência, vão se esmaecendo; outras discussões, como a própria categorização de tributos em diretos e indiretos, também se esvaziam, pois a tributação na fonte da receita bruta, nos moldes DST, sem que seja calcado em um conceito de estabelecimento permanente, tem feições de tributo indireto, IVA cobrado com base no princípio do destino, com ênfase crescente no mercado consumidor.

Observe-se que a relevância e a praticidade do nexo da tributação com o mercado consumidor fizeram com que a própria relevância dos tributos indiretos seja rediscutida, em contraposição ao clássico protagonismo da tributação direta, nos países desenvolvidos.

De forma geral, é importante verificar que, em face das dificuldades de se apurar o local e o momento de incidência, o direito tributário deve buscar novos elementos de conexão.

Como se discorreu, para se estruturarem legitimamente as normas de conexão, seus critérios devem ser fundados em laços que evidenciem o liame econômico-político entre o evento tributável e uma jurisdição, sob o princípio da territorialidade, além da observância dos princípios que edificam o ordenamento jurídico e dos compromissos internacionais. Acresça-se a necessidade de que as

normas jurídicas concebidas tenham eficácia, no sentido de que sejam cumpridas as prescrições normativas.

Por essa razão, entende-se que quaisquer discussões valorativas sobre a prevalência dos elementos de conexão não são forças motrizes para que se encontrem as soluções para os desafios de tributação da atualidade. O combate à erosão das bases tributárias é razão suficiente para amparar uma estrutura tributária, sendo mais relevante a busca de uma base técnica adequada que preveja deduções, alíquotas, exequibilidade e outros parâmetros que possam trazer segurança jurídica.

A velha discussão entre a prevalência do princípio da fonte e o da residência ratifica a afirmação, ou seja, após mais de um século de discussões sobre a justa forma de alocação de direitos de tributação, eis que as mudanças econômicas na realidade social subvertem as premissas do debate.

Nesse contexto, quanto ao DST, a eleição do local do mercado consumidor legitima-se como elemento de conexão que observa o liame econômico-jurídico com determinada soberania tributária e confere praticabilidade à norma de tributação, *i.e.*, permite que as rendas advindas da economia digital possam ser apreendidas pelas administrações tributárias.

Sob a perspectiva política, as discussões sobre um novo arcabouço do direito tributário internacional compatível com o mundo no século XXI sofrem resistências, especialmente dos Estados Unidos, onde estão sediadas as principais gigantes de tecnologia, e temem impactos discriminatórios da medida. Além disso, não existe solução multilateral sem a participação desse país.

O DST é uma entre as diversas soluções que vêm sendo amadurecidas por estudiosos do mundo e talvez seja a medida que mais granjeia adeptos como estrutura de tributação de combate à erosão das bases tributárias decorrente dos modelos de negócio digitais, como demonstra a sua adoção unilateral por diversos países.

Por outro lado, a própria tributação indireta sofre dos mesmos questionamentos. Sob o aspecto de legislação tributária, regras globais inconsistentes sobre tributos indiretos e inexistência de acordos para evitar a dupla tributação contribuem para que haja tanto ou mais incertezas, que aumentam os encargos administrativos e problemas de múltipla ou ausência de tributação.

Tradicionalmente, a tributação direta prevalece entre os países desenvolvidos, ao mesmo passo que países em desenvolvimento, como o Brasil, cuja arrecadação é concentrada na tributação indireta e que é alvo de críticas.

Todavia, a concentração na tributação direta é uma realidade que hoje, no ambiente da economia digital, passa a ser questionada. Constata-se que mais jurisdições estão aumentando tributos indiretos para capturar serviços prestados por meios digitais, devido a sua maior praticabilidade para apreensão desses eventos.

O próprio DST é um tributo com feições de indireto, ao incidir sobre a receita bruta advinda do negócio digital, com jurisdição no país do consumo do bem. Mesmo que muitos modelos prevejam deduções e isenções no país de residência, é um tributo híbrido.

Em face desse panorama, vê-se que o direito tributário internacional está passando por momento de intensas transformações. Quanto à tributação da economia digital, os países vivem o dilema entre a lentidão do modelo multilateral e a harmonização tributária, por um lado; e a rapidez de medidas unilaterais, pluritributação e guerra fiscal, por outro.

A previsão mais otimista para o deslinde de tal impasse era até o final do ano de 2020. E as afirmações foram feitas no passado, pois, no meio do percurso, houve a pandemia da covid-19, que não apenas impôs a postergação dessas decisões para a concentração de esforços na gestão das crises sanitárias e econômicas, como também ensejou perspectivas futuras de uma realidade mundial profundamente alterada.

O *novo normal* anunciado pela mídia ainda é fruto de conjecturas, mas, de antemão, já se entrevê que os modelos de negócios digitais se consolidaram definitivamente entre países de diversos graus de desenvolvimento, em todas as classes sociais. Em muitos casos, o que era uma opção para os consumidores tornou-se imperativo e as empresas que não adotavam modelos digitais adaptaram-se ou simplesmente desapareceram.

Ademais, a discussão descortinada neste trabalho em um mundo pós-pandemia não apenas se manterá atual, como ainda mais premente. As discussões sobre os efeitos da pandemia da covid-19 na tributação são extremamente relevantes, certamente merecendo estudo especialmente dedicado ao tema. Dos estreitos limites deste trabalho, desborda tal análise, considerando-se, ademais, que esse é um cenário que ainda está se revelando.

8 Referências

ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. **Princípio do Destino no Comércio Exterior de Serviços**: desafios na era da economia digital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ARAUJO, José Evande Carvalho; AFONSO, José Roberto R. A Tributação dos Lucros das Gigantes de Tecnologia: possibilidades para o Brasil. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA, Hadassah Laís (coord.). **Tributação 4.0**. São Paulo: Almedina, 2020.

AVI-YONAH, Reuven S. **International Tax as International Law**: an analysis of the international tax regime. New York: CUP, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUIM, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C. Varriale *et al.* 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Ato Declaratório Interpretativo nº 5/2014**. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visa_o=anotado&idAto=53416. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRAUNER, Yariv; BAEZ MORENO, Andres. **Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1**: address the tax challenges of the digital economy. (February 2, 2015). WU International Taxation Research Paper Series nº 2015 – 14. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591830>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BUREAU OF ECONOMIC ANALYSIS. **Gross Domestic Product by State, 4th Quarter and Annual 2019**. Disponível em: <https://www.bea.gov/system/files/2020-04/gdpstate0420.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.

DERZI, Misabel. **Legalidade material, modo de pensar “tipificante” e praticidade no Direito Tributário**. In: Justiça Tributária – direito do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. In: I Congresso Internacional de Direito Tributário do Instituto de Estudos Tributários – IBET. São Paulo: Max Limonad, 1998.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte geral, 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FUCHS, Christian. **The Online Advertising Tax as the Foundation of a Public Service Internet**: a CAMRI extended policy report. Londres: University of Westminster Press, 2018.

HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. **Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy** (January 1, 2015). Disponível em: SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2586196>. Acesso em: 6 jul. 2020.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **World Economic Outlook database**. October 2019. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2019/October/download-entire-database>. Acesso em: 3 abr. 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1935.

NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

OCDE. **Addressing the tax challenges of the digital economy**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 6 jul. 2020.

OCDE. **International community renews commitment to multilateral efforts to address tax challenges from digitalisation of the economy**. OCDE, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/international-community-renews-commitment-to-multilateral-efforts-to-address-tax-challenges-from-digitalisation-of-the-economy.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

OCDE. **Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020**. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2020. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

ONU. **The taxation of fees for technical, managerial and consultancy services in the digital economy with respect to art 12A of the 2017 UN Model**. E/C.18/2017/CRP.23, 2017. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/10/15STM_CRP23_Technical-Services.pdf Acesso em: 6 jul. 2020.

ONU. **Tax Issues related to the digitalization of the economy**: report. E/C.18/2019/CRP. 12, 2019. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/18STM_CRP12-Work-on-taxation-issues-digitalization.pdf Acesso em: 6 jul. 2020.

ROTHMANN, Gerd Willi. **Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços** – réquiem ou catarse do sistema tributário nacional. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional, problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 76, jan. 2002.

SACCHETTO, Claudio. **El Principio de Territorialidad, Impuestos sobre el Comercio Internacional**. In: UCKMAR, Victor *et al.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma S.R.L., 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, universalidade e fonte. In: FERRAZ, Roberto C. B. (org.). **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A problemática ambiental e os discursos de Responsabilidade Social das Empresas

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA

Pós-Doutora pelo *Institut des Hautes Études sur la Justice* (França). Doutora em Direito (UNISINOS). Mestra em Integração Latino-Americana (UFSM). Professora da UNISINOS e da *Universidad Católica de Manizales* (Colômbia).

RAFAELA DA CRUZ MELLO

Mestra em Direito (UFSM).

Artigo recebido em 26/10/2016 e aprovado em 5/2/2018.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Ecologia política e complexidade: da crise ambiental à apropriação de discursos* • 3 *Responsabilidade social das empresas na perspectiva ambiental: greenwashing e marketing empresarial* • 4 *Conclusão* • 5 *Referências*.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar, pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, as apropriações discursivas da questão ambiental, ao demonstrar que tal domínio do discurso, por parte de poderes hegemônicos, apenas confere ao problema uma roupagem ecológica, enquanto serve, na realidade, para as estratégias e jogos de poder político e econômico. Diante de tal premissa, a questão que se almeja responder é: ante a apropriação discursiva da problemática ambiental pelos atores globais econômicos, quais são os riscos do discurso de responsabilidade social das empresas. Ao fim do trabalho, conclui-se que, assim como a premissa de desenvolvimento sustentável, a proposta de responsabilidade social das empresas ocorre sob a lógica de uma racionalidade econômica dominante e não ambiental. O grande risco desse discurso é o de mascaramento das atividades de uma empresa por meio do processo de *greenwashing* (ou *lavagem verde*), ou seja, uma aparência de preocupação ambiental para minimizar as reais atividades empresariais.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso • Ecologia Política • Responsabilidade Social das Empresas • *Greenwashing*.

Environmental problems and discourses of Corporate Social Responsibility

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Political ecology and complexity: from the environmental crisis to the discourse appropriation • 3 Corporate social responsibility from an environmental perspective: greenwashing and business marketing • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: This article aims to analyse, through the hypothetico-deductive method of approach, the discourse appropriation of environmental issues on the part of hegemonic powers by demonstrating that the control of such a discourse just puts an ecological spin on the issue, which, in reality, only serves to the strategies and the political and economic power play. In face of such a premise, the question that is aimed at answering is: faced with the discourse appropriation of the environmental issue by global economic actors, what risks does the discourse of corporate social responsibility entail? At the end, the work concludes that, as with the sustainable development premise, the proposal for a corporate social responsibility is based on the logic of a non environmental, dominant economic rationality. The great risk behind this discourse is the disguising of a company's activities through greenwashing, that is, an apparent concern to downplay the actual business activities.

KEYWORDS: Speech • Political Ecology • Corporate Social Responsibility • Greenwashing.

La problemática ambiental y los discursos de Responsabilidad Social de las Empresas

CONTENIDO: 1 *Introducción* • 2 *Ecología política y complejidad: de la crisis ambiental a la apropiación de discursos* • 3 *Responsabilidad social de las empresas en la perspectiva ambiental: greenwashing y marketing empresarial* • 4 *Conclusión* • 5 *Referencias*.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar, a través del método de enfoque hipotético-deductivo, las apropiaciones discursivas de la cuestión ambiental, con la demostración de que tal dominio del discurso, por parte de poderes hegemónicos, apenas confieren al problema un ropaje ecológico, mientras sirve, en realidad, para las estrategias y juegos de poder político y económico. Ante esta premisa, la cuestión que se anhela responder es: frente a la apropiación discursiva de la problemática ambiental por los actores globales económicos, cuáles son los riesgos del discurso de responsabilidad social de las empresas? Al final del trabajo, se concluye que, así como la premisa de desarrollo sostenible, la propuesta de responsabilidad social de las empresas ocurre bajo la lógica de una racionalidad económica dominante y no de una racionalidad ambiental. Con ello, el gran riesgo de este discurso es el de enmascaramiento de las actividades de una empresa a través del proceso de *greenwashing*, o sea, una apariencia de preocupación ambiental para minimizar las reales actividades empresariales.

PALABRAS CLAVE: Discurso • Ecología Política • Responsabilidad Social de las Empresas • *Greenwashing*.

1 Introdução

No ano de 2000, um importante conflito delineou-se em Cochabamba, na Bolívia, chamado de Guerra da Água. O conflito fora desencadeado pela possibilidade de privatização do sistema de recursos hídricos na cidade. Tal privatização, representada pela venda da empresa pública Semapa, significaria a perda de sistemas comunitários tradicionais de gestão da água, tanto no campo como na cidade. Por ser contrária à privatização, a população, por meio de manifestações populares, expulsou a empresa transnacional Bechtel, que geraria o sistema de água e esgoto em Cochabamba.

A data de 2011 foi emblemática para outro país latino-americano: Equador. Em 14 de fevereiro de 2011, a justiça equatoriana proferiu sentença condenando a empresa norte-americana Texaco/Chevron – que, por aproximadamente vinte e oito anos, exerceu a quase exclusividade de exploração petrolífera no Equador – ao pagamento da quantia de US\$ 9,5 bilhões, a serem destinados à limpeza de solos, à instalação de aquedutos e de sistemas de saneamento básico, bem como a outras benfeitorias para a região. A empresa, contudo, recorreu da decisão proferida em tribunais dos Estados Unidos, que suspenderam a execução da sentença.

Da mesma forma, na Nigéria, país produtor de gás e petróleo, enfrentou graves problemas relativos ao envenenamento das águas e à destruição da vegetação pelas atividades petrolíferas de empresas privadas. Acrescenta-se a isso o fato de que o governo nigeriano não desenvolveu normas ou buscou a criação de medidas capazes de regulamentar a atividade privada, que age, portanto, segundo sua conveniência. Nesse caso, a Shell Nigéria, uma das principais companhias de extração de petróleo na região, foi denunciada em 2008 à Corte distrital de Haia, pelo fato de que camponeses nigerianos reclamavam da Royal Dutch Shell, para que assumisse a responsabilidade em relação aos danos provocados pelos vazamentos de seus oleodutos sobre o território de comunidades locais. A empresa foi considerada, pela Corte de Haia, responsável pelos prejuízos ocasionados na região.

Acima foram expostos, de modo sucinto, três casos que, apesar de ocorridos em países diferentes, são semelhantes em aspectos pontuais: todos ocorreram em países ditos do Sul Social, ou seja, que sofreram processos de colonização e, em todos, presenciam-se processos de degradação ambiental em razão da atividade de empresas privadas, sobretudo transnacionais. Isso demonstra que, em tempos de globalização, de desterritorialização e desespacialização, as empresas transnacionais ocupam lugares de destaque como atores econômicos mundiais.

Desta feita, no presente trabalho, tendo como base esse contexto de conflitos ambientais, de desigual distribuição de riscos, de apropriações de conceitos pelos poderes político e econômico dominantes, bem como de responsabilidade de empresas transnacionais por degradações ao meio ambiente, almeja-se responder o seguinte questionamento: ante a apropriação discursiva da problemática ambiental pelos atores globais econômicos, quais são os riscos do discurso de responsabilidade social das empresas? Para responder a tal questionamento, utilizar-se-á o hipotético-dedutivo como abordagem, vez que se presume que o discurso de responsabilidade social das empresas, por vezes, somente tem como objetivo preservar uma boa imagem social e ambiental da empresa, correndo-se o risco de confundir responsabilidade com *marketing*.

Como método de procedimento, utilizar-se-á o método monográfico, partindo-se do princípio de que qualquer caso que se estude em profundidade pode ser considerado representativo de outros. Como procedimento, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, e a técnica usada foi a de fichamentos e resumos.

Para melhor responder ao problema de pesquisa, dividiu-se este trabalho em duas grandes partes. A primeira delas trabalhará com a questão da complexidade ambiental e da crise civilizacional que leva também à crise do meio ambiente. No contexto de crise e de efervescência da ecologia política enquanto disciplina, serão abordados, de modo sintético, os anseios de mudanças oriundas do saber ambiental e a realidade de apropriação discursiva para satisfação de interesses – sobretudo econômicos – dominantes. Tal abordagem é feita para, na sequência, tratar-se especificamente de conceitos que foram apropriados pelas políticas liberais e neoliberais, como é o caso do desenvolvimento sustentável – capitalismo verde –, até se chegar ao conceito de responsabilidade social das empresas, sob a ótica ecológica. A parte 2, por sua vez, abordará o conceito de responsabilidade social das empresas (3.1), no sentido de levantar a hipótese de tal conceito ser uma forma de esverdear o mercado sem efetivamente resolver os problemas de degradação ambiental provocados pelas empresas transnacionais.

2 Ecologia política e complexidade: da crise ambiental à apropriação de discursos

O pós-Segunda Guerra Mundial representa um verdadeiro marco para se repensar a questão do homem no mundo, tanto em relação à sociedade, como também em relação à natureza. Nesse contexto, a partir da década de 1950, nos países ditos desenvolvidos (Estados Unidos e da Europa), a problemática ambiental veio à tona,

em razão de questionamentos acerca do meio ambiente, da industrialização e do crescimento econômico.

O tema ambiental passa, neste momento, a ser visto como uma questão política e ideológica por excelência, de modo que os impactos da sociedade industrial no meio natural ou geográfico façam emergir a necessidade humana de preservação e conservação do *habitat* natural (ESTENSSORO SAAVEDRA, 2009, p. 37). Tal panorama permite reflexões sobre a denominada crise ambiental ou ecológica, ou seja, um repensar acerca da maneira de habitar o planeta, do reflexo da civilização industrial e da ideologia do progresso econômico sobre o meio ambiente.

Nesse sentido, abordar-se-á a seguir a crise ambiental enquanto crise civilizacional que apresenta a necessidade de ruptura dos ideais da modernidade. Como alternativa para se alcançar a superação desses ideais modernos, estão o surgimento da ecologia política como disciplina e a tentativa de rompimento com o conceito (e os discursos) de universalização e de hegemonia de ideias de poder dos países do Norte Social (2.1). Na sequência, por meio da observação de práticas discursivas, como a do desenvolvimento sustentável, tentar-se-á demonstrar que o saber e o poder econômicos exercem influências fulcrais em relação à questão ambiental (2.2).

2.1 A crise ambiental enquanto crise civilizacional: da necessidade de rompimento com estruturas da modernidade

É pertinente iniciar tal análise enunciando a crise ambiental como precursora de uma necessidade de mudança paradigmática. Isso porque o paradigma racionalista da modernidade de crescimento econômico não mais se encaixa nas premissas trazidas pelos séculos XX e XXI. Nesse sentido, Fritjof Capra (2006), argumenta que a ruptura paradigmática tem origem na necessidade de superar o mecanicismo, ou seja, de compreender, de forma aprofundada, as partes para entendimento do todo, para passagem ao paradigma ecológico ou sistêmico, a qual compreende que as “propriedades essenciais de um organismo ou sistema vivo são propriedades do todo, que nenhuma parte tem” (CAPRA, 2006, p. 36).

Para Leff (2003, p. 15), por sua vez, a crise ambiental é a crise do nosso tempo, que reflete o risco ecológico enquanto questionador do conhecimento do mundo. O autor assevera que a crise ambiental traz a noção de crise do pensamento ocidental dominante ao longo dos séculos XIX e XX, desvelando-se, portanto, enquanto crise de conhecimento e crise civilizacional. A crise ambiental, dessa forma, não é

capaz de encontrar soluções na racionalidade teórica e instrumental que, enquanto elementos da modernidade, foram importados para a sociedade em redes.

Assim, ainda na perspectiva de Leff (2003, p. 15), a problemática ambiental configura-se como um questionamento do pensamento e do entendimento, da ontologia e da epistemologia com as quais a civilização ocidental compreendeu o ser, os entes e as coisas, bem como da razão tecnológica que dominou o mundo moderno economizado. Os ideais da modernidade, portanto, não foram superados, apenas adquiriram novas roupagens. O monoteísmo e a ideia absoluta como princípios invisíveis que regem a vida foram transferidos ao mercado, à ordem econômica e à tecnológica, ocasionando a compartimentalização, o fracionamento do mundo, além de desconhecimento da diversidade e subjugação dos saberes pelo conhecimento (LEFF, 2003, p. 21).

Nesse panorama, uma das alternativas propostas para a análise da questão ambiental foi a ecologia política, vista como disciplina social em tal período. Segundo Estenssoro (2009, p. 84), o objetivo desta é de construção da proposta de uma nova ordem social e política necessária para que a humanidade não se destrua ecologicamente. Nesse sentido, a ecologia política pretende apresentar alternativas ao sistema dominante, entendendo que a crise ambiental é uma crise civilizacional, de modo que não será viável uma política efetiva para superar o problema se esta não aspirar por uma mudança do sistema como um todo, ou seja, mudanças culturais, políticas, sociais, em escala local e global.

A construção de uma racionalidade ambiental, sob a ótica da ecologia política, implica a necessidade de desconstruir conceitos, bem como crenças e sistemas de valores sobre os quais a racionalidade econômica se funda e sob os quais repousam o progresso produtivo insustentável. A ecologia política liga-se, portanto, diretamente à noção de racionalidade ambiental e de desconstrução de discursos (SANTOS, 2010).

No âmbito da racionalidade ambiental, Leff (2006, p. 300) complementa que o saber ambiental é uma concepção crítica do conhecimento que, pela epistemologia, exerce uma vigilância sobre as condições sociais de produção do saber e do efeito do conhecimento sobre o real, cujo deslinde é o de estratégias de poder no saber dentro da globalização econômico-ecológica. Por isso, a ecologia política surge na criação de um novo território de pensamento crítico e ação política, na politização do conhecimento pela reapropriação social da natureza.

Assim, a ecologia política não constitui uma nova ordem social ou um novo paradigma de conhecimento, mas constrói seu campo de ação e de estudos no encontro de diversas disciplinas, ética, comportamentos e movimentos sociais. Logo, ao emergir da economia ecológica para analisar processos de significação, valorização e apropriação da natureza, a ecologia política surge como uma disciplina social que almeja à construção de uma proposta de nova ordem sociopolítica, necessária para que a humanidade não se destrua ecologicamente.

Assim, um dos escopos de tal disciplina é a busca de alternativas ao sistema dominante, por meio de mudanças estruturais, ressignificando a ideia de meio ambiente no espaço da economia. Para isso, utilizam-se premissas como o rompimento com o pensamento político moderno e a tomada de consciência da insustentabilidade do desenvolvimento econômico existente, baseado no crescimento desenfreado da economia.

Na esfera de superação do pensamento político moderno, o desvelamento da dicotomia Norte/Sul (SANTOS, 2010, p. 35) e o vislumbre de que as epistemologias e os conhecimentos impostos com pretensão de universalidade pelo Norte Social não deixam de ser formas de percepção de que a problemática ambiental não se encontra dissociada das premissas discursivas e da crise da modernidade. Nesse viés, é pertinente lembrar que, para o êxito da racionalidade ambiental, sob a perspectiva da ecologia política, é importante que se superem estruturas da modernidade, como é o caso da unicidade do conhecimento científico e da pretensão universalista dos ensinamentos e discursos provenientes do Norte Social.

A ecologia política, portanto, relaciona-se com a ideia de racionalidade ambiental associada com a noção de desconstrução de discursos, assumindo a função de desvelar as relações de poder atreladas aos sistemas de economia e de política (SANTOS, 2010). Por isso, sobretudo sob o aspecto de desconstrução de discursos, a ecologia política possibilita a efervescência de movimentos discursivos que se chocam com as premissas da verticalidade Norte/Sul, as quais possuem pretensões hegemônicas e universalizantes.

Ao constatar que o pensamento ocidental moderno é um pensamento abissal, que divide o mundo em linhas invisíveis que separam a realidade social em dois lados distintos – o lado do Norte Social com seu pensamento hegemônico e o lado do Sul Social, visto como inexistente ou produtor de ausências –, propõe-se a alternativa de epistemologias do Sul, ou seja, por meio de uma ecologia de saberes, valorizar os conhecimentos subjugados e as alternativas existentes no Sul Social (SANTOS,

2010, p. 30). Essa tentativa de inclusão de racionalidades alternativas que emergem de práticas discursivas para se pensar a sustentabilidade como multidimensional e pós-colonial tem como objetivo despertar consciência crítica acerca da construção de culturas sustentáveis, bem como de uma (re)invenção de tradições jurídico-políticas e econômicas (TYBUSCH, 2013, p. 262).

Nessa vertente, Vandana Shiva (2003), com a ideia de monoculturas da mente, contribui para a noção de que, com vistas à sustentabilidade multidimensional, é preciso pensar a natureza e o meio ambiente para além da racionalidade econômica. Segundo ela, o sistema ocidental dominante não deixa de ser um sistema local, com base social em determinada cultura, classe e gênero, que não é universal em sentido epistemológico, mas apenas uma versão globalizada de uma tradição local. Este, contudo, por ser dominante, faz com que outros saberes locais se tornem invisíveis ou inexistentes, gerando ausência de diversidade e verdadeiras monoculturas da mente.

Ainda é pertinente destacar que a ligação entre saber e poder é inerente ao sistema dominante, que se encontra associado a uma série de valores baseados no poder que surgiu com a ascensão do capitalismo comercial. Esse sistema ocidental que se fez dominante é cego a alternativas e, mesmo sendo reflexo de um saber também local, vê-se como globalizado, superior a qualquer outro. Conforme assevera Shiva (2003, p. 12), o saber científico dominante cria uma monocultura mental, fazendo desaparecer o espaço das alternativas locais, de forma semelhante às monoculturas de espécies na agricultura, o que leva à destruição de diversidade e de variedades locais.

Todavia, embora a ecologia política e essas alternativas apresentadas tenham surgido com o escopo de resolver a problemática ambiental levantada pela crise ecológica, o que se viu, na realidade, como consequência da crise, foram conferências, em âmbito global, que marcaram o início do processo de socialização da ideia de crise e de meio ambiente. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, celebrada em 1972, em Estocolmo, foi responsável pela propagação da chamada consciência ecológica, visto que se apontaram os limites da racionalidade econômica, bem como os reflexos do projeto civilizatório da modernidade em relação à degradação ambiental do planeta.

Não obstante, as alternativas da ecologia política como resposta da crise foram propostas estratégicas de *esverdear* o desenvolvimento, até se consolidar em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,

realizada no Rio de Janeiro, a proposição de desenvolvimento sustentável¹, qual seja, produzir e incrementar a economia pensando nas gerações futuras. Entretanto, consoante assevera Leff (2006, p. 134), o questionamento da economia pela ecologia não tem ocasionado a destruição da racionalidade econômica dominante, bem como para a fundação de uma nova teoria da produção nos potenciais da natureza ou no sentido da diversidade cultural. Em função disso, embora alternativas para os problemas ambientais tenham surgido no seio da ecologia política, as políticas ambientais continuam sendo subsidiárias das políticas econômicas neoliberais, ou seja, da racionalidade econômica do século XX.

2.2 Políticas econômicas neoliberais e apropriação discursiva: do desenvolvimento sustentável à Responsabilidade Social das Empresas

Enrique Leff (2006, p. 279) assevera que a crise ambiental, com a tomada de consciência ecológica, traz à tona um novo campo do saber e do poder no saber que se desdobra principalmente nas estratégias discursivas. O discurso de desenvolvimento sustentável surgido na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, não deixa de ser um dos primeiros exemplos de apropriação de conceitos pela racionalidade econômica dominante para embasar estratégias discursivas.

Antes, contudo, de adentrar em tal análise e na evolução de apropriação de conceitos, é interessante abordar a ideia-discurso. Michel Foucault (2003, p. 9) afirma que, no campo de estudos de análises discursivas, há uma tendência, sobretudo nas universidades, de tratar o discurso enquanto conjunto de fatos linguísticos ligados entre si por regras sintáticas de construção. Contudo, é preciso analisar os discursos não só em seu aspecto linguístico, mas como espécies de jogos estratégicos, como conjunto regular de fatos linguísticos, em um nível e estratégias em outro.

O discurso é um fenômeno social e político essencial para a construção e a desconstrução das relações de poder em qualquer sociedade (OLIVEIRA, 2013). Em tempos tecnológicos de dominação pelo poder da palavra, de ruptura com as fronteiras políticas de Estados e de processos de transnacionalização de capitais, de pessoas e de danos, sobretudo os ambientais, a percepção de que o discurso é um

1 O conceito de desenvolvimento sustentável possui raízes no Relatório Brundtland ou *Nosso Futuro Comum* e foi publicado na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1987.

fenômeno político que mobiliza os detentores de poder político e econômico é de extrema importância.

Na esfera ambiental, o despertar ecológico de meados do século XX permite perceber o saber ambiental enquanto efeito da saturação de processos de racionalização da modernidade e dos paradigmas científicos e também como elemento de crítica, presente nas formações ideológicas do ambientalismo e nas práticas discursivas do desenvolvimento sustentável, na tentativa de construção de uma racionalidade ambiental. Segundo Leff (2006, p. 280), é possível ver surgir as formações discursivas do saber ambiental e do desenvolvimento sustentável como estratégias conceituais e como efeitos de poder no campo da ecologia política.

Expressam-se assim, ainda conforme Leff (2006, p. 282), as relações de conhecimento em comparação com o conflito social da mudança global. Assim, os conceitos circulam e se transformam e os significados são manipulados ou utilizados conforme o jogo de interesses existente entre países, grupos sociais ou instituições. Dessa maneira, é preciso compreender os discursos para além da mera análise linguística, com um olhar de análise de conjunturas políticas e econômicas e dos jogos de poder que se apoderam dos conceitos.

As estratégias de ecodesenvolvimento, conforme se mencionou anteriormente, advieram da consciência ecológica que fora base da crise ambiental. Nas décadas de 1970 e 1980, principalmente, houve a compreensão de que o crescimento econômico sem limites esbarrava na finitude de recursos naturais. Nesse viés, a Conferência das Nações Unidas sobre meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972, foi o marco da entrada da questão ambiental na agenda política internacional. Cristina Inoue (2007, p. 39) assevera que, antes de Estocolmo, os problemas ambientais apareciam dentro dos Estados nacionais, limitados a questões técnico-científicas. Foi praticamente já no contexto da globalização que o meio ambiente global surgiu como uma terceira grande questão na política mundial, ao lado da economia global e da segurança internacional.

O meio ambiente não é mais visto como um pano de fundo, uma vez que a compreensão de que a interação entre desenvolvimento econômico contínuo e ecossistemas complexos e frágeis tornou-se um problema de política internacional, evidenciando-se o caráter global das questões ambientais. Ainda consoante Inoue (2007, p. 42), um dos grandes entraves às soluções de questões ambientais está na dicotomia entre ecossistemas interdependentes e sistema político fragmentado. Isso implica o fato de que um ecossistema único e complexo é gerenciado a partir

de constrangimentos de um sistema político historicamente tendente a conflitos violentos, em que cada Estado afirma sua autoridade soberana sobre seu território e em que os jogos econômicos e políticos determinam as práticas discursivas, sobretudo em questão ambiental.

Nesse processo de conscientização ecológica, portanto, o Relatório Brundtland (ONU, 1987), publicado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na década de 1980, formulou o conceito de desenvolvimento sustentável, apresentado como um processo que permite satisfazer as vontades da geração atual de modo sustentável, ou seja, sem comprometer a capacidade de atender às gerações futuras. Como assevera Leff (2006, p. 137), a partir de tal momento, a noção de sustentabilidade vinculada à ideia de desenvolvimento converteu-se no referencial do discurso que organiza os sentidos divergentes em torno da construção de sociedades sustentáveis.

Todavia, ainda conforme Leff (2006, p. 137), o discurso do desenvolvimento sustentável procura estabelecer um terreno comum para uma política de consenso capaz de integrar os interesses divergentes de diferentes países e povos, que plasmam o campo da apropriação da natureza. O grande risco desse discurso, contudo, é o da capitalização da natureza, ou seja, de tornar sustentável o crescimento econômico através dos mecanismos de mercado, além de homogeneizar questões envolvendo riscos de ordem ambiental.

Isso porque, embora o ecossistema seja único para todo o globo, é inegável que, em termos de divisão política e territorial de Estados, a distribuição dos riscos ambientais não ocorre de maneira uniforme. O movimento por justiça ambiental (ACSELRAD, 2009), neste íterim, deixa claro que a desigualdade ambiental é uma realidade que advém de dois fatores principais: a forma de proteção ambiental desigual e o acesso desigual aos recursos ambientais. Os mecanismos de produção de desigualdade ambiental assemelham-se ao de produção de desigualdade social e, por isso, a crença do movimento por justiça ambiental é a de que não se pode enfrentar a crise sem a formação de uma justiça social.

Nesse sentido, a apropriação discursiva do desenvolvimento sustentável pelos detentores de poder não contribui para a formação de uma justiça social ou para o desenvolvimento de bases para a criação de uma racionalidade ambiental. Isso porque, ao longo da propagação de tal discurso, vislumbram-se os riscos ambientais enquanto uniformes em todo o globo, assumindo-se a ideia de que todos somos vítimas em potencial dos danos ambientais pelo fato de vivermos no

mesmo macroecossistema global (ACSELRAD, 2009, p. 10). Entretanto, contrariando essa concepção democrática de distribuição de riscos, na perspectiva política do movimento de justiça ambiental, vislumbra-se que a desigualdade impera sob a lógica de transferência de males ambientais, com acumulação de riquezas por parte de detentores de poder econômico.

Assim, consoante Acsehrad (2009, p. 13), os esforços teóricos de compatibilizar a questão ambiental com o pensamento desenvolvimentista e econômico se delinham no período de consolidação do pensamento neoliberal, em escala global. Por isso, uma concepção socialmente homogênea da questão ambiental e das estratégias neoliberais constitui o pensamento ecológico dominante nos meios políticos e empresariais. Consequentemente, é esse o pensamento impresso na noção e no discurso de desenvolvimento sustentável.

Além disso, essa sustentabilidade aplicada à noção de desenvolvimento não contribui para a criação de uma nova racionalidade ambiental, dissociada da racionalidade da economia dominante. Na nova episteme da racionalidade ambiental, o saber ambiental consiste em uma concepção crítica a respeito do conhecimento que predomina sobre as condições sociais de produção do saber, ou seja, deve haver uma valorização da diversidade epistemológica, ou daquilo que Boaventura de Sousa Santos (2010) chama de *ecologia de saberes*.

O que a proposta de desenvolvimento sustentável fez, contudo, foi propor alternativas de crescimento e desenvolvimento com enfoques sustentáveis dentro da mesma lógica estrutural da sociedade, não havendo uma alternativa real para a crise ambiental e civilizacional. Houve, com essa iniciativa e com outras, como é o caso do termo *capitalismo verde*, surgido na Rio +20, tentativas paliativas de resolução do problema, consistentes em formas de ecologização ou esverdeamento da economia.

Na esteira da perspectiva discursiva neoliberal, de tentar fazer desaparecer a contradição entre meio ambiente e crescimento econômico, o desenvolvimento sustentável é apenas o primeiro conceito apropriado e desvirtuado pelos poderes político e econômico dominantes, que tanto foi vulgarizado até se tornar parte do discurso oficial e da linguagem comum global. Em tempos de globalização e de surgimento de novos atores na seara internacional, outros conceitos surgem, como é o caso da responsabilidade social das empresas, de modo que se faz pertinente a análise dos riscos da apropriação desse conceito e da sua interpretação enquanto mais uma estratégia de capitalização da natureza.

3 Responsabilidade Social das Empresas na perspectiva ambiental: *greenwashing* e *marketing* empresarial

Na globalização, é inevitável que o papel do Estado tenha se modificado em função do aparecimento e do crescimento do papel de outros atores na seara internacional, havendo surgimento de novos centros de decisão. Nesse sentido, enquanto Estados e empresas transnacionais podem se apropriar, em matéria ambiental, do discurso de desenvolvimento sustentável, a maior visibilidade e lucratividade para a atividade dessas últimas faz com que se desenvolvam teorias e apropriações discursivas em relação à responsabilidade social das empresas.

É pertinente, nesse sentido, explicar, mesmo que de modo superficial, como se dá a construção de normas de responsabilidade social das empresas, as quais possuem natureza de normas de gestão produzidas por entes alheios ao Estado (3.1), e de que modo esse conceito de responsabilidade social dialoga com as questões ambientais. Na sequência, é interessante abordar diretamente a apropriação desse conceito pelas políticas neoliberais e os riscos que essa apropriação discursiva traz, como é o caso do *greenwashing* e da confusão entre responsabilização e *marketing* empresarial (3.2).

3.1 Responsabilidade Social das Empresas em matéria ambiental

A globalização econômica possui a característica de, na seara internacional, colocar como centros dos jogos de poder outros atores que não o Estado. Consoante refere Osório (2014, p. 180), o que se questiona em tempos de globalização é a perda da centralidade do Estado em relação ao poder político, ante a emergência de outros centros de poder e decisão. Vislumbram-se três elementos (OSÓRIO, 2014, p. 180) que evidenciam essa perda: consolidação de uma extensa rede de movimentos do capital financeiro e especulativo internacional, que possui poder maior que o poder de controle dos Estados; existência de grandes conglomerados multinacionais, com filiais espalhadas pelo mundo e com extensão e força capazes de alterar os rumos da economia internacional e da ingerência de organismos financeiros internacionais (Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional), entidades capazes de formular uma agenda de medidas a serem seguidas por diversos Estados em suas políticas internas.

Tais elementos servem para sustentar a tese de que as empresas, sobretudo os conglomerados transnacionais, ocupam posição de destaque no cenário internacional

em tempos de globalização. Embora isso seja visível atualmente, foi na década de 1970 que se intensificaram os questionamentos acerca da responsabilidade das empresas transnacionais por violações de direitos humanos e ambientais. Em 1973 (SALZMAN, 2005, p. 190), mais especificamente, a Organização das Nações Unidas (ONU) determinou a Comissão sobre Empresas Transnacionais como membro consultivo do Conselho Econômico e Social e, a partir disso, tentou-se produzir, em 1983, um conjunto de diretrizes que visava ao estabelecimento de metas e princípios sociais e ambientais, em âmbito global, para as empresas transnacionais.

O contexto econômico neoliberal acrescido do fato de a maior parte das empresas transnacionais ter sua sede em países do Norte foi determinante para o fracasso do empreendimento de elaboração de um código de conduta para as empresas transnacionais. Apesar da inocuidade da tentativa de criação de metas e princípios orientadores da atuação de empresas pelo globo nesse período, as décadas de 1980 e 1990 foram marcadas pelo crescimento exponencial do número e das atividades das empresas transnacionais no mundo.

Tal fator intensificou movimentos ativistas em diversas partes do mundo, os quais se manifestavam em protesto contra a atuação ofensiva aos direitos humanos e às degradações ambientais cometidas pelas grandes empresas. Em paralelo a esses movimentos, uma série de conferências internacionais – como é o caso da ECO 92, no Rio de Janeiro, e da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993 – despertaram discussões acerca da necessidade de responsabilização não só dos Estados, mas também desses novos atores, as transnacionais por violações de direitos humanos e degradações ambientais.

Nesse viés, surge a noção de responsabilidade social das empresas. No sentido de iniciativas abordando essa temática na União Europeia, em 2011 a Comissão Europeia fez um comunicado ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê de Regiões intitulado “Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da União Europeia para o período de 2011-2014”. Em tal documento, a Comissão define responsabilidade social das empresas (COMISSÃO EUROPEIA, 2011) como um conceito segundo o qual as empresas integram preocupações sociais e ambientais nas suas atividades comerciais. Dessa forma, a consciência sobre os impactos das atividades empresariais sobre a sociedade, bem como as preocupações sociais, ambientais, em relação à ética, sobre os direitos humanos e dos consumidores devem estar no centro das políticas comerciais das empresas, sobretudo das transnacionais.

Tal informe encontra-se atrelado aos “Dez Princípios” do Pacto Global da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000), uma vez que este reconhece as empresas transnacionais como atores internacionais que possuem uma *esfera de influência*, devendo, portanto, exercer suas atividades levando em conta valores fundamentais no combate à corrupção e no domínio dos direitos humanos, das normas trabalhistas e ambientais. Tais princípios, embora tenham sido objeto de ampla crítica, mantiveram o tema da responsabilidade social das empresas e os direitos humanos na pauta da Organização das Nações Unidas (MARTIN-CHENUT, 2014). Todavia, o importante é registrar que previsões envolvendo a responsabilidade social das empresas não decorrem apenas das instituições públicas globais.

Na estrutura de um direito global, não é somente a escala das regras que se altera (sai da esfera nacional), mas há profundas e relevantes mudanças em formas e procedimentos de regulação. Nesse viés, Benoit Frydman (2014, p. 6-9) assevera que existe uma concorrência de normatividade entre regras jurídicas clássicas e normas de outra natureza, que serão por ele denominadas de *normas técnicas* e de *gestão*, as quais são produzidas por entes privados e que regulam e disciplinam um vasto campo ou conjunto de atores.

Assim, apesar do relato de produções normativas em campo internacional, com a participação de Estados e organismos internacionais, a principal norma de responsabilidade social das empresas enquadra-se como uma *norma técnica* e de *gestão*, deslocando o centro da produção jurídica dos entes públicos para as empresas privadas. Tal regra é a ISO 26000 (INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION, 2010), produzida pela Organização Internacional de Normalização.

Segundo essa norma, a responsabilidade social se expressa pelo desejo e propósito das organizações de incorporarem considerações socioambientais em seus processos decisórios e de se responsabilizarem pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente. Acresça-se, ainda, o fato de que os direitos humanos devem ocupar um lugar de destaque nas diretrizes e nos princípios da empresa, devendo esta ter um comportamento ético e transparente, contribuindo para o desenvolvimento sustentável da região em que exerça suas atividades.

Além de estabelecer padrões técnicos e de gestão, tal norma inovou ao instituir a necessidade de comportamento ético e transparente das empresas com vistas à sua responsabilização pelo impacto negativo de suas ações na sociedade. Assim, os princípios da responsabilidade social, segundo a ISO 26000 são: *accountability*; transparência; comportamento ético; respeito pelos interesses

dos *stakeholders*; respeito às leis vigentes; respeito às normas internacionais de comportamento e respeito aos direitos humanos.

Esse princípio de responsabilidade social vem sendo apresentado em diversos discursos sobre governança global como um novo vetor dentro da temática de desenvolvimento sustentável. Todavia, na mesma lógica de apropriação discursiva, a apropriação por grandes conglomerados econômicos transnacionais do discurso de responsabilidade social acaba tendo os mesmos resultados da apropriação discursiva do conceito de desenvolvimento sustentável: a manutenção da racionalidade econômica sobre a racionalidade ambiental, bem como a monocultura de saberes e a dificuldade em pensamentos alternativos e dissociados da lógica econômica para lidar com a problemática ambiental.

Prova disso é que, a despeito de tal discurso, violações de direitos humanos e degradação ambiental por parte das empresas transnacionais ocorrem de modo reiterado em vários quadrantes do globo. Apenas a título de exemplificação em matéria ambiental, pode-se trazer o caso *Chevron*, no qual a empresa Texaco fora condenada por Tribunal equatoriano, em 2011, ao pagamento de US\$ 9,5 bilhões a título de indenização por danos ambientais e violação aos direitos humanos de indígenas e comunidades locais durante o período em que explorou as atividades petrolíferas na região (OSPINA, 2014).

Nesse sentido, embora existam normas que disponham sobre a responsabilidade social das empresas e sobre a necessidade de atuação delas tendo como princípio o respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente, percebe-se que tal estratégia não cumpre sua função precípua. Na realidade, o acesso à informação oriundo de práticas e facilidades da sociedade informacional fez com que as pessoas pudessem questionar ou demandar às empresas se elas agem em consonância com deveres de proteção aos direitos humanos e de preservação ambiental, tornando os consumidores capazes de considerar a preocupação com o meio ambiente como um dos critérios que os fazem adquirir produtos de uma determinada empresa e não de outra empresa.

Essa, portanto, é uma das reais razões para o surgimento do conceito discutido neste capítulo, que, por ser construído dentro de uma premissa de racionalidade econômica e de jogos de poder permeando discursos, acaba por esvaziar alguns dos reais princípios da ideia de responsabilidade e aproximá-la de uma espécie de *marketing* para a própria empresa, ou seja, da prática do *greenwashing*.

3.2 A apropriação discursiva da responsabilidade social das empresas em questões ambientais: da prática do *greenwashing*

Consoante o que fora referido anteriormente, a nova ordem mundial surgida com a globalização retira a centralidade do poder do Estado, pulverizando esse poder entre outros atores internacionais, como é o caso das empresas transnacionais. Mireille Delmas-Marty (2013), sob essa ótica, afirma que responsabilizar tanto os atores políticos quanto os atores econômicos é de suma relevância no contexto da globalização, vez que são estes – Estados e empresas transnacionais – os principais entes que cometem violações aos direitos humanos e degradações ambientais.

Nesse sentido, Porto-Gonçalves (2012, p. 299) afirma que, a partir da década de 1990, o debate ambiental começa cada vez mais a escapar dos ambientalistas e passa a ocupar as preocupações da sociedade civil. Desse modo, se o ambientalismo se expande para baixo, também passa a interessar cada vez mais ao andar *superior*, sobretudo o setor empresarial e, dentro deste, as corporações transnacionais.

O que até agora foi normativamente criado no campo privado foi a ISO 26000, abarcando a ideia de responsabilidade social das empresas, que nada mais é do que adoção de comportamentos empresariais condizentes com a ética e com o respeito aos direitos humanos e ambientais. Todavia, o grande risco da apropriação discursiva desse conceito pelo sistema hegemônico universalizante é o de deturpação das propostas iniciais.

Vê-se hoje o conceito de responsabilidade social das empresas como uma forma possível de *marketing* para a empresa, que se apresenta para a sociedade com uma aparência de que desenvolve suas atividades em consonância com os princípios de proteção ambiental. A prática do *greenwashing* é um exemplo disso. Conforme dispõe o Observatório das Multinacionais (OBSERVATÓRIO DE MULTINACIONAIS, 2015), o *greenwashing* ocorre quando as empresas transnacionais se esforçam para preservar uma boa imagem social e ambiental, correndo-se o risco de confundir responsabilidade e *marketing*, de exagerar na divulgação de ações positivas e de minimizar os aspectos negativos das atividades da empresa.

Ou seja, essa *lavagem verde* ocorre quando uma empresa privada ou pública propaga, ao grande público, práticas ambientais positivas, tendo, no entanto, uma atuação diferenciada aos interesses socioambientais. Segundo Silva e Prochnow (2013), estamos diante do uso de conceitos ambientais para a construção de uma imagem pública confiável que não condiz com a real gestão de degradação ambiental.

Inegável que a sociedade, no processo de tomada de consciência ambiental advindo da crise ecológica, passa a exigir, sobretudo das empresas, a disponibilização no mercado de produtos que sejam produzidos de acordo com o respeito ao meio ambiente. Indubitavelmente, é esse anseio por parte do consumidor que faz com que as empresas adotem estratégias de *marketing* ambiental em sua gestão. O *marketing* verde surge daí, como uma tendência natural do consumidor à aquisição de produtos ambientalmente corretos, que atendam às necessidades dos cidadãos e, ao mesmo tempo, respeitem o meio ambiente.

Diante dessa nova realidade, empresas que não conseguem desenvolver suas atividades não prejudicando ou prejudicando minimamente o meio ambiente acabam por desvirtuar a política de *marketing* ambiental ou verde e de responsabilidade social, incorrendo na prática do já mencionado *greenwashing*. A necessidade mercadológica da aplicação do desenvolvimento sustentável no ambiente corporativo faz com que muitas empresas se utilizem desta maquiagem verde para autopromoção nos termos da responsabilidade socioambiental e da sustentabilidade.

Assim, como assevera Leff (2006, p. 141), a retórica do desenvolvimento sustentável reconverteu o sentido crítico do conceito de meio ambiente em um discurso voluntarista, ao proclamar que as práticas neoliberais como soluções capazes de conduzir-nos aos objetivos do equilíbrio ecológico e da justiça social, por meio de um crescimento econômico guiado pelo livre mercado. O discurso de responsabilidade social das empresas, no momento em que converte as práticas de *marketing* verde em *greenwashing*, prova que a racionalidade econômica resiste à sua desconstrução e arma simulacros em novos discursos e que burla a percepção das coisas e perverte a ação no mundo em relação a um futuro sustentável. Dessa forma, ainda como assevera Leff (2006, p. 142), o ambiente é reapropriado pela economia, que fragmenta e recodifica a natureza como elemento do sistema capitalista.

Nessa mesma ótica, assevera Porto-Gonçalves (2012, p. 308) que a racionalidade instrumental científica ocidental ainda predomina no discurso ambiental, tanto que as políticas ambientais se veem fortemente restringidas por essas condições econômicas colocadas diante do desafio ambiental contemporâneo e que só podem ser implementadas desde que aceitem esses pressupostos.

A prática do *greenwashing* se dá principalmente no processo de publicidade do produto. Isso porque, em rótulos com frases alusivas a qualidades ecológicas, muitas das afirmações não podem ser comprovadas na prática, tais como “produto 100% natural”, “qualidade verde”, “produto amigo do ambiente”. Essas propagandas

nitidamente violam o direito à informação, desrespeitando princípios como transparência e clareza para com o consumidor (SILVA; PROCHNOW, 2013).

Viola-se, portanto, o direito à informação do consumidor, fazendo-se uso da vulnerabilidade técnica deste. Os cidadãos acham cada vez mais difícil dizer a diferença entre as companhias que genuinamente dedicam-se a desenvolver suas atividades imbuídas por respeito ao meio ambiente e aquelas que usam uma cortina verde para encobrir o afã pelo lucro sem consciência ambiental. Consumidores são constantemente bombardeados por campanhas de companhias, sobretudo transnacionais, trazendo objetivos e programas ecologicamente corretos e sustentáveis, incorrendo, múltiplas vezes em exageros (GREENPEACE, 2015).

Desta feita, o risco do discurso de responsabilidade social das empresas, que por vias privadas estabelece metas e diretrizes para o bom funcionamento empresarial, é que quando apropriado pelo sistema e pelo discurso hegemônico dominante pode trazer um grande risco ao meio ambiente por propiciar a prática de *greenwashing* ou *lavagem verde* nas mais diversas empresas.

4 Conclusão

É inegável a afirmação de que se, em tempos em que o protagonismo dos Estados ainda era regra no campo internacional, os jogos políticos e as estratégias faziam com que houvesse apropriação de conceitos e discursos, sobretudo na seara ambiental, em tempos de globalização e de proliferação das tecnologias, com o surgimento de novos centros de decisão, outros atores internacionais, que não os Estados, surjam utilizando-se também de apropriações discursivas.

Nesse sentido, essas apropriações ocorrem sob a égide da racionalidade econômica dominante, servindo-se superficialmente do argumento de proteção de questões de direitos humanos ou ambientais, mas que, na realidade, visam aos interesses políticos e econômicos do sistema vigente. A racionalidade ambiental vê-se, apesar dos esforços de superação da modernidade apresentados pela ecologia política, constantemente suplantada pela racionalidade econômica e técnica.

Tal constatação é feita na análise do discurso de desenvolvimento sustentável que, no campo pragmático, passou a ser vulgarizado até se tornar parte do discurso oficial e da linguagem comum global. Na sequência disso, tentou-se mostrar que, assim como o conceito de desenvolvimento sustentável, ao ser apropriado pela racionalidade econômica, o conceito de responsabilidade social das empresas

esvazia-se conceitualmente, afastando-se de uma responsabilidade efetiva e aproximando-se de uma estratégia de *marketing* empresarial.

O grande risco, portanto, da noção de responsabilidade social das empresas, não reside no próprio conceito de responsabilidade ou nas previsões normativas da ISO 26000, mas na apropriação negativa do conceito pelos atores econômicos internacionais e no desvirtuamento deste, sendo aplicado somente como forma de esverdear as práticas empresariais por meio do *greenwashing*, ou da *lavagem verde*.

5 Referências

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum**: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

COMISSÃO EUROPEIA. **Responsabilidade social das empresas**: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0681_/com_com\(2011\)0681_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0681_/com_com(2011)0681_pt.pdf). Acesso em: 9 mar. 2022.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper**. Paris: Seuil, 2013.

ESTENSSORO SAAVEDRA, Fernando. **Medio Ambiente e Ideología**. La Discusión Pública em Chile, 1992-2002: antecedentes para una historia de las ideas políticas a inicios del siglo XXI. Santiago, Chile: Ariadna, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRYDMAN, Benoit. Prendre les standards et les indicateurs au sérieux. In FRYDMAN, Benoit; WAEYENBERGE, Arnaud Van. **Gouverner par les standards et les indicateurs**. De Hume aux rankings. Bruxelles: Bruylant, 2014.

GREENPEACE. **Introduction to Stop.Greenwash.org**. Disponível em: <http://stopgreenwash.org/introduction>. Acesso em: 9 mar. 2022.

INOUE, Cristina Yumie Aoki. **Regime global de biodiversidade**: o caso Mamirauá. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. **ISO 26000** – Social Responsibility. Disponível em: <https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>. Acesso em: 11 mar. 2022.

LEFF, Enrique (coord.). **A complexidade ambiental**. Tradução de Eliete Wolff. São Paulo: Cortez, 2003.

LEFF, Enrique (coord.). **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MARTIN-CHENUT, Káthia. **Droits de l'homme et responsabilité sociale des entreprises**: les principes directeurs des Nations Unies. 2014, p. 242. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/pt/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/droits-de-lhomme-et-responsabilit%C3%A9-des-entreprises-les-principes-directeurs-des-nations-unies/>. Acesso em: 10 mar. 2022.

OBSERVATÓRIO DE MULTINACIONAIS. **Greenwashing**. Disponível em: <https://multinationales.org/fr/mot/climat-et-greenwashing>. Acesso em: 8 mar. 2022.

OLIVEIRA, Luciano Amaral (org.). **Estudos do discurso**: perspectivas teóricas. 1. ed. São Paulo: Parábol Editorial, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto global**. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/>. Acesso em: 15 jun. 2015.

OSÓRIO, Jaime. **O Estado no centro da mundialização**: a sociedade civil e o tema do poder. Tradução: Fernando Correa Prado. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2014.

OSPINA, Hernando Calvo. A Chevron polui, mas não quer pagar suas multas no Equador. *In: Le Monde Diplomatique*, 6 mar. 2014. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-chevron-polui-mas-nao-quer-pagar-suas-multas-no-equador/?SuperSocializerAuth=LiveJournal>. Acesso em: 11 mar. 2022.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SALZMAN, James. Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 68, n. 3, p. 190, 2005. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=lcp>. Acesso em: 8 mar. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente**: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

SILVA, Gisele Cristina; PROCHNOW, Waldir Egenolf. **Marketing Ambiental versus Marketing Verde**: uma análise crítica da linha tênue para o efeito *greenwashing*. 2013. Disponível em: <https://cadernosuninter.com/index.php/meioAmbiente/article/view/308>. Acesso em: 9 mar. 2022.

TYBUSCH, J. S. Ecologia Política, Sustentabilidade e Direito. *In*: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso; DA SILVA, Rosane Leal (org.). **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, p. 221-267, 2013.

Os certificados de recuperação e seus reflexos sobre a saúde pública

NELSON JOHANE VILANCULOS LAITA

Doutorando em Direito Civil pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Mestre em Gestão do Desenvolvimento pela Universidade Católica de Moçambique. Professor de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

CARLOS EDUARDO MALINOWSKI

Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Professor (UEMS).

FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA

Pós-doutorando em Direito (UFPR). Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito Negocial (UEL). Professor na pós-graduação (UFPR).

Artigo recebido em 7/10/2022 e aprovado em 13/11/2022.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Certificado de recuperação* • 3 *Possíveis limitações dos certificados de recuperação* • 4 *Posicionamentos sobre os certificados de recuperação* • 5 *Conclusão* • 6 *Referências*.

RESUMO: Este artigo visa discutir os certificados de recuperação e suas repercussões na saúde pública, questionando a segurança desses certificados, partindo da premissa de que eles possam ser expedidos com base em falsos resultados e permitirão a circulação de pessoas sem imunidade, além de relegar a segundo plano a vacinação nos países mais desfavorecidos. A pesquisa é qualitativa e bibliográfica. Conforme ratificado, os certificados de recuperação são vistos por muitos como uma ferramenta para facilitar a verticalização de medidas restritivas, possibilitando a entrada de pessoas não vacinadas em países que exigem imunidade vacinal. Ao final da análise, concluiu-se que a introdução de certificados de recuperação é um paliativo que pode manter uma distribuição desigual da vacinação, mantendo certos países e continentes sem proteção suficiente, o que pode favorecer o surgimento de novas variantes.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19 • Certificados de recuperação • Vacinação desequilibrada • Variantes • Imunidade.

Recovery certificates and their reflections on public health

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Recovery certificate • 3 Possible limitations of recovery certificates • 4 Positions on recovery certificates • 5 Conclusion • 6 References.*

ABSTRACT: This article aims to discuss recovery certificates and their repercussions on public health, questioning the safety of these certificates, based on the premise that they can be issued based on false results and will allow the movement displacement of people without immunity, in addition to relegating vaccination to a low priority in the most underserved countries in the background. The research is qualitative and bibliographical. As ratified, recovery certificates are seen by many as a tool to facilitate the verticalization of restrictive measures, enabling the entry of unvaccinated people into countries that require vaccine immunity. At the end of the analysis, it was concluded that the introduction of recovery certificates is a palliative that can maintain an uneven distribution of vaccination, keeping certain countries and continents with insufficient protection, which could favor the appearance of new variants.

KEYWORDS: Covid-19 • Recovery certificates • Unbalanced vaccination • Variants • Immunity.

Les certificats de rétablissement et leurs réflexions sur la santé publique

SOMMAIRE : *1 Introduction • 2 Certificat de récupération • 3 Limitations possibles des certificats de récupération • 4 Positions sur les certificats de récupération • 5 Conclusion • 6 Références.*

RÉSUMÉ : Cet article vise à discuter des certificats de rétablissement et de leurs répercussions sur la santé publique, en remettant en question la sécurité de ces certificats, en partant du principe qu'ils peuvent être délivrés sur la base de faux résultats et permettront la circulation de personnes sans immunité, en plus de reléguer à l'arrière-plan la vaccination dans les pays les plus mal desservis en arrière-plan. La recherche est qualitative et bibliographique. Tels qu'ils ont été ratifiés, les certificats de récupération sont considérés par beaucoup comme un outil pour faciliter la verticalisation des mesures restrictives, permettant l'entrée de personnes non vaccinées dans des pays qui exigent l'immunité vaccinale. Au terme de l'analyse, il a été conclu que l'introduction de certificats de récupération est un palliatif qui peut maintenir une répartition inégale de la vaccination, gardant laissant certains pays et continents avec une protection insuffisante, ce qui pourrait favoriser l'apparition de nouvelles variantes.

MOTS CLÉS : Covid-19 • Certificats de rétablissement • Vaccination déséquilibrée • Variantes • Immunité.

1 Introdução

A pandemia da covid-19 tem injungido diversos países a decretar medidas de bloqueio que reduziram as liberdades pessoais normalmente tidas como certas em uma democracia liberal. Essa perda de liberdades tem se justificado, posto que protege os indivíduos de serem acometidos pela covid-19.

Diante desse cenário, após mais de dois anos adotando-se medidas restritivas e com a produção das vacinas contra a covid-19, os certificados de recuperação fornecem uma álea para que seja possível abandonar futuros bloqueios a viajantes não vacinados.

No início da primavera sul-americana de 2020, quando a pandemia dava sinais de que não recrudesceria de imediato, em todo o mundo uma ideia controversa emergiu e passou a ganhar força e sectários: os certificados de recuperação. Este artigo tem como objetivo discutir os seus reflexos sobre a saúde pública, examinando a segurança desses certificados, além de questionar a utilização dos mesmos como mitigantes para contornar a restrição à mobilidade motivada pela escassez de vacinas nos países em desenvolvimento. Partindo da hipótese de que um teste com resultado falso positivo também permite a emissão de um certificado de recuperação, este estudo tem como problema de investigação verificar a confiabilidade desses certificados como componentes dos passaportes de imunidade, e quão seguros eles podem ser.

Os documentos aludidos certificariam que seus portadores apresentavam uma resposta imunológica positiva ao vírus e eram considerados resistentes a novas infecções. De igual modo, os portadores dos passaportes podem ser liberados com segurança das restrições de saúde pública, podem retornar ao trabalho ou aos estudos e vivenciar um cotidiano mais finítimo da normalidade.

Ulteriormente a um período de intenso debate, todavia, a ideia de dividir as populações em dois grupos com privilégios radicalmente diferentes mostrou-se suspicaz, especialmente no que compete às implicações morais, e, de súbito, nenhum governo ocidental implantou o sistema de certificação de imunidade, o que passou a ser rediscutido e implementado mais recentemente.

O estudo se evidencia meritório, em face da necessidade de repensar a ideia. Alguns dos motivos convincentes e que fomentaram a resistência aos certificados de recuperação na primavera de 2020, já em 2022, quando se adentra no ocaso da terceira (e até quinta) onda da pandemia, parecem não serem mais válidos – e alguns deles, deveras, nunca se revelaram proveitosos. O fato é que, a título de medidas

urgentes e, concomitantemente, eficazes, não há muitas alternativas, porquanto os dados mostraram que a disseminação da covid-19 em ambientes de trabalho foi vertiginosa (FRANCO, 2020).

Ademais, seja pela imunidade adquirida ou pela vacinação, está se tornando significativa a parcela da população que tem imunidade presumida à covid-19, ainda que em distribuição desigual. Isso se deve a testes melhores e mais difundidos para mensurar a imunidade e, também, ao fato de que um número cada vez maior de pessoas estará vacinado. Não obstante, a vacinação não avança no mesmo ritmo em todas as classes sociais, o que gera um desequilíbrio entre classes mais protegidas e outras com menor índice de proteção. Geograficamente, a América do Sul atingiu 70% de sua população vacinada, enquanto o continente africano atingiu apenas 15% do esquema vacinal em setembro de 2022. Esta disparidade se mostra crucial quando possíveis ondas mais agressivas tornarem a ocorrer, pois, se em muitos países a covid-19 se tornou discussão secundária, em outros as fases primárias de enfrentamento ainda estão presentes.

Dessarte, de um lado, a descoberta de vacinas eficazes e o aumento da confiança de que elas conferem proteção estendida contra a covid-19 renovaram a discussão sobre o uso de certificados de imunidade para reduzir, gradativamente, as restrições de saúde pública em curso. Por outro lado, o recrudescimento da doença na China e a imposição de novo *lockdown* naquele país sugerem que todos os protocolos para coibir as infecções em massa poderão ressurgir em algum momento nos demais países.

Iniciando pela descrição dos certificados de recuperação, o artigo evidencia a sua utilidade ao proporcionar liberdade para viajar e se socializar, uma vez que o indivíduo está presumidamente imune ao SARS-CoV-2, mesmo sem ter sido vacinado. Em seguida, aborda-se o binômio especificidade/sensibilidade das testagens, tendo em vista que nem todos os testes disponíveis são capazes de identificar corretamente aqueles que possuem ou não os anticorpos. Na sequência, serão apresentados os posicionamentos favoráveis e contrários aos certificados de recuperação, evidenciando que, dentre as alternativas elencadas para obter-se um passaporte de imunidade, o certificado de recuperação é o que apresenta maior fragilidade. Como a vacinação é deficitária em vários países e até em continentes, verifica-se que os paliativos para contornar as restrições à locomoção podem tirar a atenção dos países mais desenvolvidos, desviando o foco de um problema que ainda apresenta ressurgências graves nos mesmos. A falta de vacinação nos países

em desenvolvimento torna favorável o aparecimento de novas variantes, que podem ameaçar o equilíbrio já conseguido nos Estados cuja população está com taxa de vacinação maior.

A metodologia empregada na realização desta pesquisa é de natureza qualitativa e descritiva, consistindo em revisão de literatura, elaborada, por meio de técnicas documental e monográfica, com base em fontes bibliográficas primárias e secundárias, as quais foram selecionadas de forma parcialmente sistematizada, em busca de reflexão sobre o estado da arte e de novas linhas de investigação sobre o tema.

2 Certificado de recuperação

O certificado de recuperação é um documento oficial testificador de que uma pessoa foi infectada e está, presumidamente, imune ao SARS-CoV-2. Em princípio, isso pode dar ao indivíduo mais liberdade para viajar e se socializar, permitindo que ingresse em outros países se puder fornecer evidências de que já se recuperou da covid-19 (ALONSO; FIORATTI, 2021). Em tese, ao fornecer a prova de um teste positivo e, depois, um negativo, a pessoa presumivelmente contraiu a doença, esperando-se que tenha desenvolvido anticorpos ou outras formas de memória imunológica para protegê-la de adoecer novamente.

A Hungria introduziu uma política que permitia que as pessoas entrassem no país se pudessem fornecer evidências de que já se recuperaram da covid-19. A Islândia introduziu uma política semelhante, permitindo às pessoas que já tiveram a doença ficarem isentas de usar máscara em espaços públicos. Isso erige questões periclitantes, uma vez que algumas pessoas com problemas de saúde subjacentes, incluindo autismo, distúrbios do pânico e dificuldades respiratórias, já estão isentas de usar máscara, mas não se recuperaram necessariamente da infecção nem têm qualquer imunidade a ela (FRÓES; AKESTER, 2021).

Em alerta contra o uso de passaportes de imunidade, a Organização Mundial da Saúde (OMS) afirmou que não há evidências suficientes sobre a eficácia da imunidade mediada por anticorpos para garantir a precisão de um certificado de recuperação (OMS, 2020a). A Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) também sugeriu que certificados de recuperação poderiam, por certo, aumentar os riscos de transmissão contínua, dado que aqueles que os portavam ignorariam os conselhos de saúde pública sobre o distanciamento físico (OMS, 2020).

Supletivamente, os certificados de recuperação também levantam questões éticas, devido a preocupações de que a documentação poderia ser reproduzida de forma fraudulenta, e até mesmo incentivar pessoas saudáveis a buscarem, acintosamente, contrair a infecção, a fim de que pudessem desfrutar de mais liberdade sem precisar lançar mão dos custos de apresentar um exame negativo de covid-19 sempre que for necessário para participar de algum evento ou realizar uma viagem.

3 Possíveis limitações dos certificados de recuperação

Conforme o exposto na introdução deste trabalho, as opiniões sobre o uso de passaportes de imunidade se mostram divergentes, e, nessa ambiência, diversas são as limitações apontadas pela doutrina para o uso desses certificados.

Uma limitação significativa na introdução de passaportes de imunidade é a necessidade de um teste rápido suficientemente confiável para anticorpos da covid-19. Os testes de anticorpos, ou sorologia, identificam tanto a presença quanto a ausência de anticorpos para a covid-19, indicando se o indivíduo foi ou não infectado com o vírus e se tem ou não probabilidade de desenvolver uma resposta imune, evitando a reinfecção, caso tenha contato, novamente, com o vírus (PETHERICK, 2020).

Nessa seara, apercebe-se de que não estão claras a extensão e a duração da infecção e se a recuperação da covid-19 resultará em imunidade. A OMS afirmou, repetidamente, que não há evidências de imunidade duradoura em indivíduos que se recuperaram da covid-19 (OMS, 2020a). Já Deeks *et al.* (2020) testificaram que a única maneira de estabelecer, com precisão, que as pessoas estão imunes por um ano, por dez anos ou por toda a vida a determinado vírus seria aguardar esse tempo após a infecção e, então, uma vez mais, testar sua imunidade. Tal iniciativa, não obstante, é inútil a curto prazo, e existem outras maneiras de fazer previsões sobre a imunidade à covid-19.

Conquanto se tenha descoberto que os pacientes curados da covid-19 possuem anticorpos neutralizantes, que inibem o crescimento do vírus (WU *et al.*, 2020), ainda está sob investigação se todas as doenças resultam em níveis suficientes de anticorpos neutralizantes para prevenir a reinfecção. Nada obstante, a experiência com outros coronavírus (incluindo vírus que causam doenças leves, bem como os tipos mais severos, como síndrome respiratória aguda grave – SARS – e síndrome respiratória do Oriente Médio – MERS) sugere que as respostas de anticorpos tendem

a persistir por pelo menos um ano e a proteger contra reinfecção, quando menos, a curto prazo (AMANAT; KRAMMER, 2020).

As respostas de anticorpos na SARS e na MERS diminuíram após dois a três anos, o que pode sugerir que os passaportes imunológicos devem ser limitados no tempo. Relatos de indivíduos que foram reinfecados com covid-19 são, presumivelmente, casos em que o teste do indivíduo foi falsamente negativo, em um contexto de disseminação viral prolongado (XIAO *et al.*, 2020). Imputando-se que os anticorpos indicam imunidade sólida, a dificuldade está em identificar corretamente esses anticorpos, a fim de que o teste seja ampliado significativamente, sem exceder um nível tolerável de falsos positivos/negativos.

Por conseguinte, alguém que é identificado como portador de anticorpos para uma doença específica – neste caso, a covid-19 – é descrito como soropositivo. Aqueles que não têm os anticorpos são os soronegativos. Cumpre ressaltar que os anticorpos podem não ser identificáveis em exames de sangue no prazo de dias ou semanas após o completo restabelecimento do indivíduo infectado (PETHERICK, 2020). Em vista disso, pode haver atraso entre um indivíduo ser infectado com a covid-19 e o teste ser soropositivo.

Nesse âmbito, é importante destacar que uma característica fundamental dos testes de diagnóstico é sua sensibilidade, bem como seu caráter específico. A sensibilidade refere-se à capacidade do teste de identificar corretamente aqueles que possuem anticorpos como soropositivos. A especificidade, por sua vez, diz respeito à capacidade do teste de identificar corretamente aqueles que não possuem anticorpos como soronegativos. Um teste muito sensível terá uma baixa taxa de falsos negativos: haverá poucas pessoas com anticorpos que o teste identifique erroneamente como soronegativas. Ao contrário, um teste com especificidade muito alta terá uma baixa taxa de falsos positivos: haverá poucas pessoas que o teste identifique como soropositivas que, de fato, não tenham anticorpos (BROWN *et al.*, 2020).

Particularmente, é laborioso aplicar testes sorológicos para a covid-19 que tenham sensibilidade e especificidade muito elevadas, apresentando 100% nas duas variáveis, o que evitaria resultados falso-negativos ou falso-positivos. Na prática, os exames com sensibilidade muito alta podem apresentar perda na especificidade, e ainda que o exame seja de boa qualidade, os anticorpos da classe IgG aparecem tardiamente e testes para IgG têm sensibilidade muito baixa nos primeiros dias da doença, razão pela qual os exames feitos precocemente e na fase de convalescença alteram as chances de identificar o agente causador da doença (ROCHA, 2021).

O teste fundamenta-se na produção de uma proteína exclusiva da covid-19, à qual os anticorpos se ligam (se estiverem presentes no sangue da pessoa). A covid-19, por seu turno, é causada por um tipo de coronavírus, como muitos vírus causadores de resfriados comuns. Existe o risco de que, se a proteína usada nos testes de anticorpos para a covid-19 for muito semelhante às proteínas presentes em outros coronavírus, pode resultar em muitos falsos positivos, porque as pessoas terão anticorpos de infecções que foram contraídas por vírus semelhantes (PETHERICK, 2020).

Na conjuntura dos certificados de recuperação, um falso negativo significa que alguém supostamente está imune à covid-19, deixando de tomar os cuidados quando não poderia e passando a colocar outras pessoas em risco, enquanto um falso positivo pode ser mais perturbador para a utilidade dos certificados, pois o teste indicaria que alguém estará protegido contra reinfecções quando, na verdade, não está. Esse indivíduo pode receber um certificado de recuperação enquanto ainda não tem qualquer imunidade, correndo risco maior de contrair e espalhar o vírus. Como se verá adiante, os passaportes de imunidade incluem vacinação, testes obtidos 72 horas antes da viagem ou evento e os certificados de recuperação que têm validade por 180 dias. Caso a pessoa tenha obtido o certificado de recuperação em razão de um falso positivo, fraudar-se toda a lógica desse certificado como componente do passaporte.

Nessa lógica, diferentes testes variam em sua precisão e na qualidade das evidências sobre sua precisão. Singularmente, a sensibilidade dos testes na primeira ou segunda semana após a infecção pode ser baixa. O número de falsos positivos e falsos negativos que esses testes produzem (e quão importunos são esses erros) dependerá, sobremaneira, das taxas basais de infecção (ou seja, se as pessoas costumam ter ou não anticorpos para a covid-19 em sua corrente sanguínea). Se as taxas de soropositividade forem baixas, muitos dos indivíduos identificados como imunes serão falsos positivos (DEEKS *et al.*, 2020).

Conjuntamente, a soroprevalência varia muito: em algumas cidades pode chegar a um quinto, embora em outros lugares seja muito menor (DWYER, 2020). Da mesma forma, entre os profissionais de saúde, a soroprevalência é, provavelmente, mais elevada do que entre a população em geral. Testes de baixa especificidade combinados com baixa soroprevalência poderão resultar em altos números de falsos positivos, ao passo que alta especificidade e alta soroprevalência poderão resultar em muito menos (HENEGHAN *et al.*, 2020).

Tendo em consideração essas explicações mais técnicas sobre a imunidade, na próxima seção serão apresentados os posicionamentos favoráveis e contrários aos certificados de recuperação.

4 Posicionamentos sobre os certificados de recuperação

No intuito de movimentar as economias, o Conselho Europeu passou a fazer uso dos chamados passaportes de imunidade, incluindo entre seus requisitos para concessão os famigerados certificados de recuperação. Na busca de encorajar as pessoas a sair de casa, a população foi dividida entre aqueles que possuem imunidade induzida pela vacina ou pela própria doença e aqueles que ainda aguardam a primeira dose de qualquer imunizante.

O Conselho Europeu suprimiu as restrições aos viajantes que apresentarem o Certificado Digital COVID, que pode ser obtido com a apresentação de: um certificado de vacinação; resultado negativo de um teste PCR obtido no máximo 72 horas antes da viagem ou de um teste rápido de antígeno obtido no mesmo prazo; certificado de recuperação que indique que não decorreram mais de 180 dias desde a data do primeiro resultado positivo de um teste (CONSELHO EUROPEU, 2022). Dentre as três alternativas elencadas para obter o certificado digital, o certificado de recuperação é o que se apresenta mais frágil, pois não atesta que seu portador não está com covid-19 nem que ele possui a quantidade de anticorpos suficientes.

A adoção dos passaportes de imunidade e a inclusão dos certificados supracitados para isentar uma pessoa das restrições estabelecidas pelos Estados-membros europeus dividem opiniões, como será visto a seguir.

4.1 Posicionamentos favoráveis

Os defensores dos passaportes de imunidade (que incluem os certificados de recuperação) sugerem que seria ético introduzir esses passaportes se eles minimizassem o risco de danos e maximizassem o benefício potencial.

Vale ressaltar que esses autores, tais como Brown *et al.* (2020), realizaram tal ponderação antes da confirmação da eficácia das vacinas da covid-19 em amostragem populacional maior. Em sua concepção utilitarista, a introdução de passaportes de imunidade teria muitos resultados consentâneos, incluindo a restauração das liberdades dos titulares de passaportes e o aumento do bem-estar individual. Os autores aduzem que esse tratamento desigual não seria injusto, por

causa das diferenças proeminentes entre os imunes e os não imunes: pessoas com imunidade representam um risco baixo para outras e, provavelmente, não requerem atenção médica.

Além dos benefícios diretos de possuir um certificado de recuperação, Brown *et al.* (2020) pretextam que o aumento da liberdade dos imunes por doença contraída levaria a benefícios estendidos à economia e para o resto da sociedade. Os mesmos autores fornecem exemplos de responsabilidades que os titulares de passaportes de imunidade e os Estados que os aprovam podem ter para com os não titulares desses certificados. A título de exemplificação, os titulares de passaportes podem recolher mantimentos ou podem atuar como voluntários no setor da saúde; já os Estados, estes poderiam fornecer incentivos fiscais relacionados ao tempo que alguém permaneceu em isolamento. Juntos, esses argumentos autorizam a defesa da introdução dos passaportes de imunidade, que criaram seus próprios efeitos diferenciais. Os titulares desses certificados passaram a ter liberdades permitidas, como possibilidades de viagens a lazer ou a trabalho.

Um ponto positivo sobre o certificado de recuperação é o de que seus portadores teriam baixo risco de contrair novamente ou disseminar a doença. Assim, podem ter acesso a outras pessoas não apenas para se socializar mas também para prestar apoio em serviços essenciais (a exemplo do voluntariado no setor de saúde e assistência social) que sofrem com a perda de colaboradores em razão de doença e do autoisolamento. Nesse contexto, é provável que possuir um certificado de recuperação seja um benefício significativo, favorecendo os titulares em relação aos não titulares. Em determinadas localidades, a adoção (e a obrigatoriedade de uso) do passaporte vacinal estimulou a vacinação de pessoas que eram resistentes à ideia de vacinar-se (em um contexto de vacinas disponíveis), ou, ainda, que estavam protelando a iniciativa de procurar postos de vacinação.

Em um primeiro momento, a distinção no tratamento dos grupos imunizados/suscetíveis não aparenta ser injusta, uma vez que não é arbitrária. Em vez disso, ela rastreia uma diferença saliente entre as pessoas, a saber, o risco que representam para si mesmas e para os outros por sua livre circulação (CUNHA; WEISSMANN, 2020).

Os testes de anticorpos rastreiam duas propriedades relevantes que fundamentam as diferenças no tratamento. O primeiro é a probabilidade de infectar outras pessoas. Quarentena e isolamento são baseados na probabilidade de infectar outras pessoas. No início da pandemia, esses recursos foram usados com base nos sintomas de uma infecção viral, viagens para uma região de alto risco ou contato com um caso comprovado. Todos esses são marcadores de probabilidade de

infecção, e os anticorpos são marcadores semelhantes do risco de uma pessoa ser uma ameaça para seus pares (PETHERICK, 2020).

Outro aspecto pertinaz é a probabilidade de adoecer e usar recursos de saúde limitados. O objetivo de *achatar a curva* quando há novos surtos é reduzir essa probabilidade de adoecimento. O isolamento seletivo de idosos e com comorbidades se justifica nessa necessidade de comprimir a curva de contaminação (SAVULESCU *et al.*, 2020).

Segundo Bailey (2020), se mais pessoas tiverem maior liberdade de movimento, então mais pessoas poderão trabalhar e produzir os bens que vêm desse trabalho, seja nas profissões de assistência; construção; educação; varejo; comunicações; pagar impostos que ajudem a sustentar os que não podem trabalhar; oferecer-se como voluntário para apoiar serviços essenciais ou oferecer assistência àqueles que não podem deixar suas casas, tornando os esforços de *blindagem* mais eficazes. Quanto mais pessoas conseguirem se manter em suas atividades de vida diária, especialmente as laborais, melhor será o retorno para a sociedade.

4.2 Posicionamentos contrários

Os eticistas comunitários Kofler e Baylis (2020) rejeitam os argumentos utilitaristas por entenderem que estes se baseiam em “uma ética do individualismo liberal”. Para os comunitaristas, é mais importante manter as comunidades unidas, com base na premissa de que o bem-estar individual seguirá. Esses autores apresentam algumas razões pelas quais os certificados de recuperação poderiam ser considerados uma má concepção, incluindo preocupações com o monitoramento. Contrainstintivamente, esses certificados exigiriam maior monitoramento, por exemplo, em espaços públicos, de forma que as liberdades conquistadas pudessem ser compensadas por esse policiamento. Kofler e Baylis (2020) conjecturam que os monitorados seriam os grupos marginalizados, enfrentando maior escrutínio. Ademais, tais autores sugerem que os certificados de recuperação podem exacerbar as desigualdades existentes e estratificar a sociedade em *imunoprivilegiados* e *imunodeprimidos*, impondo maiores restrições àqueles que ainda não contraíram a doença e tampouco lograram ser vacinados, sujeitos então a testes caros e de difícil acesso em determinados países.

Nos dizeres dos autores supramencionados, pessoas pertencentes a alguns grupos étnicos, a exemplo de negros, asiáticos e outros grupos minoritários, tiveram taxas mais elevadas de hospitalização e mortalidade relacionadas à

covid-19 e a absorção da vacina nesse grupo é menor, se comparada à média nacional. Destarte, a introdução de certificados de recuperação poderia ser presumida para aprofundar essas desigualdades existentes. Os países que avançaram na vacinação sentem-se mais seguros, e buscam ampliar a sensação de segurança com os passaportes. Por outro lado, países que estão com dificuldade em vacinar sua população não apenas sofrem com vítimas e o sistema de saúde em frangalhos: nesses locais, a livre e contínua multiplicação do vírus dá origem a novas cepas, imunes às vacinas existentes. As novas variantes tornam a ameaçar países aparentemente estabilizados em relação à doença, em clara desatenção ao objetivo de desenvolvimento sustentável nº 3: garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

Essa disparidade acaba criando uma pandemia de duas vias: enquanto vários países ainda enfrentam uma situação de perigo, aqueles que têm taxas maiores de vacinação estão diminuindo as restrições (OMS, 2020b). A segregação cobra o seu preço.

Outros dilemas éticos levantados referem-se aos direitos sociais. Sabe-se que as restrições de bloqueio são experimentadas de forma desigual, por pessoas diferentes. Enquanto alguns conseguem trabalhar facilmente em casa, outros perderam seus empregos ou foram dispensados. Outrossim, as interações sociais tendem a ser significativamente interrompidas; alguns indivíduos serão mais ou menos capazes de realocar suas vidas sociais *on-line*; outros sentirão a perda da socialização face a face mais intensamente do que outros. Aqueles que sofrem violência doméstica podem estar em maior risco de violência, com algumas evidências de que as mortes por violência doméstica aumentaram durante o período de distanciamento social (GRIERSON, 2020).

A disparidade entre as liberdades permitidas aos titulares de certificados de recuperação e não titulares pode ser considerada injusta. Em um modelo simples de justiça, que exige que todas as pessoas sejam tratadas da mesma forma em um sentido estrito, essa seria de fato uma questão que enseja cautela. Deve-se, entretanto, considerar se tal modelo simplista de justiça é apropriado, e, além disso, até que ponto as pessoas e os formuladores de políticas públicas estão dispostos a privilegiar a justiça acima de outros valores (a exemplo do bem-estar individual e da recuperação econômica) (ALONSO; FIORATTI, 2021). É preciso ressaltar que as liberdades restabelecidas para o sistema imunológico prejudicam ativamente aqueles que ainda são suscetíveis ao vírus.

Se o cenário pandêmico parecia superado pelo fato de que o isolamento social já foi suprimido no Brasil, ele voltou com força na China, refazendo um panorama de *lockdown* similar ao visto dois anos atrás (MALAR, 2022). Os cientistas alertam que o quadro de melhora brasileiro poderá ser revertido caso surjam novas variantes mais letais ou que driblem a imunidade provocada pelas vacinas (CUNHA; WEISSMANN, 2022).

A África do Sul, origem da variante ômicron, está encarando uma provável quinta onda de coronavírus em 2022. As novas linhagens demonstram que o vírus está evoluindo de forma diversa à medida que a imunidade aumenta, tendo em vista que as novas cepas triplicaram o número de novas infecções, aumentando as hospitalizações (BLANES, 2022).

Os riscos de novas ondas globais não podem ser descartados, e as restrições ao tráfego de pessoas afligirão principalmente os países cuja taxa vacinal ainda é exígua. A título de comparação, em setembro de 2022 o Brasil está com praticamente 90% de sua população vacinada, enquanto Moçambique atingiu apenas 42,5% (OMS, 2022).

É preciso considerar também o risco de revanchismo daqueles que não podem trabalhar, se socializar ou ainda visitar outros países devido à sua contínua suscetibilidade. Isso poderia se manifestar em uma redução na coesão social e na perda de sentimentos de apoio e de solidariedade, o que poderia ser importante nos esforços de longo prazo para controlar a pandemia, como já especularam alguns cientistas comportamentais. A título de exemplificação, o psicólogo da saúde Robert West (*apud* BEDINGFIELD, 2020) comentou que: “há tantas evidências sobre o trabalho em grupo e fora do grupo que, mesmo quando você estabelece ‘em grupos’ e ‘grupos externos’ arbitrários, as pessoas ficam bastante tribais” (tradução nossa). No mesmo artigo, o economista comportamental Adam Oliver (*apud* BEDINGFIELD, 2020) ratifica que: “toda a abordagem também pode minar a mensagem de que estamos todos juntos nisso, o que é crucial se quisermos superar essa crise com relativa rapidez”.

Qualquer sentimento dessa magnitude poderia ser exacerbado se houvesse suspeitas de que pessoas com certificado de recuperação não eram, de fato, imunes, e estavam se movendo com mais liberdade sob o pretexto da imunidade. O efeito de tal ressentimento e perda de coesão social pode fazer com que as pessoas experimentem emoções negativas e atritos em suas relações com os outros. Esses ressentimentos também podem enfraquecer a conformidade com os requisitos de

bloqueio e aumentar a disseminação da covid-19. Mas observe-se que essas aflições são especulativas: não está claro se esses danos se materializarão, ou em que medida eles terão efeitos destrutivos.

Em síntese do exposto, Bailey (2020) elenca três objeções que foram levantadas contra os certificados de recuperação: a primeira é que eles são ineficazes; a segunda, são imorais ou ilegais; e a terceira, eles contribuirão para uma maior desigualdade. Todas as três objeções demandam consideração cuidadosa.

A primeira aflição é a de que esses certificados poderiam piorar novas ondas da pandemia, seja porque os testes dos quais eles dependem são imprecisos ou porque a distribuição de certificados encorajaria comportamentos de risco. Deve-se levar em conta que há projeções estimando fluxos e refluxos pandêmicos ao longo dos próximos três anos. Testes imprecisos, na verdade, foram uma grande preocupação na primavera de 2020, a ponto de a OMS se posicionar contrária à implementação de passaportes de imunidade (BAILEY, 2020).

Desde então, os testes de anticorpos tornaram-se significativamente mais precisos (embora estejam longe de serem perfeitos), uma vez que os próprios testes melhoraram, e, à medida que os níveis de imunidade aumentam na população, o valor preditivo positivo dos testes também se eleva. Contudo, conforme já visto, o acesso aos testes é muito difícil em países de economia frágil.

A segunda preocupação é a de que não é moral ou legalmente apropriado segregar a população em classes, umas mais privilegiadas que outras. Mas, ainda que muitas formas de discriminação sejam imorais e inaceitáveis, nem todas são. Segundo Bailey (2020), esse tipo de discriminação, ao contrário do racismo, por exemplo, faz uma diferença real para a segurança pública. E é possível que as divisões sejam temporárias, durando até que ocorra a imunidade generalizada. Além do mais, existe um princípio de ética da saúde pública – o princípio da intervenção menos restritiva – que pode ser violado, ao continuar a impor restrições às pessoas imunes.

A terceira preocupação diz respeito ao fato de que os certificados de recuperação podem piorar, significativamente, as desigualdades já existentes. Essa preocupação é legítima, posto que a pandemia afeta mais os grupos desfavorecidos, a exemplo de mulheres e negros (BAILEY, 2020). De acordo com o virologista camaronês John Nkengasong, a Europa pretende vacinar 80% dos seus cidadãos, e os Estados Unidos pretendem vacinar toda a sua população. Ao final deste processo, continuarão as restrições às viagens e “a África se tornará o continente da covid-19”. Na contramão

dos continentes mais desenvolvidos, em toda a África o número de vacinados é de apenas 15% (ONU NEWS, 2022), e, em alguns países, como a República Democrática do Congo, a vacinação atingiu apenas 3,2% da população (OMS, 2022), números ínfimos que aumentam as chances de surgirem cepas mais contagiosas ou virulentas do patógeno (ANSEDE, 2021).

As aflições sobre o que é conhecido como incentivo perverso leva ao raciocínio de que as pessoas estariam sendo recompensadas por um comportamento de risco, pois aqueles que foram infectados e se recuperaram da covid-19 recebem privilégios que os distinguem dos não contaminados e não vacinados.

Dessa forma, adicionar outro nível significativo de privilégio, na forma de certificado de recuperação, poderia, factualmente, beneficiar aqueles que já têm mais vantagens que os menos favorecidos, agravando as desigualdades. Isso requer o controle cuidadoso do acesso à vacina, de modo que seja determinado pela necessidade, e não pelo privilégio social.

Outra preocupação preemptória é o fato de que os certificados de recuperação exigem monitoramento para certificá-los e verificar se estadias mais longas não ultrapassam sua validade. Tal sistema de monitoramento social abrangente estende as inquietações já suscitadas às aflições sobre vigilância e privacidade (ALBUQUERQUE *et al.*, 2020). Todos esses desconfortos ressaltam o motivo de ser importante considerar o melhor sistema para certificação de imunidade, sem a inação como opção. Porém, algumas questões difíceis ainda permanecem.

Como arrematam Albuquerque *et al.* (2020), embora as pessoas que se recuperaram da doença (por determinado período) sejam, provavelmente, imunes à infecção, não está claro se elas ainda podem infectar outras pessoas.

Outrossim, pode ser mais apropriado afirmar que o certificado de recuperação proporciona maior segurança para permitir às pessoas fazer coisas que, de outra forma, as colocariam em risco de infecção (ex.: se deslocar para um local de trabalho), do que para permitir que façam coisas em que elas poderiam colocar um número maior de pessoas em risco, tal como viajar para outro país.

5 Conclusão

Os certificados de recuperação devem ser vistos como um serviço que automatiza e ajuda a regular o processo de obtenção, monitoramento e retenção da imunidade. Apesar de não apresentar as mesmas evidências de imunização que

a vacina proporciona, esses certificados ajudam a monitorar as mudanças no estado de imunidade de uma população.

Os passaportes de imunidade podem permitir regulamentar e monitorar quando e como as informações sobre o *status* de imunidade da população são compartilhadas entre diferentes países e organizações e garantir que haja auditoria e *feedback* apropriados, ao se tratar do uso seguro de dados pessoais, contendo informações sobre o *status* de imunidade de alguém.

Não obstante as vantagens que as pessoas vacinadas têm (já que os passaportes de imunidade, na forma de cartão ou aplicativo, podem permitir que as pessoas saiam de férias, participem de *shows* ou adentrem em outros países), foi demonstrado que esses certificados podem levar à divisão da sociedade e servir como panaceia para a crise de covid-19 que continua espalhada no continente africano, dentre outros lugares.

Destarte, de um lado, o uso dos passaportes pode ajudar a antecipar ou prevenir surtos de vírus e apoiar diferentes negócios e organizações – como aviação, viagens ou indústrias criativas e culturais – com a integração de passaportes de imunidade a suas operações diárias e modelos de negócios sem comprometer os direitos humanos e as liberdades civis. Por outro lado, vacinar a população de um continente sem equilibrar a taxa vacinal de outro gera um desequilíbrio capaz de impor um efeito rebote: países com pequenas taxas de vacinação tornam-se incubadoras hábeis a gerar novas variantes, capazes de driblar as vacinas existentes e limar os avanços duramente conquistados, além de afastar a busca pelo cumprimento do objetivo de desenvolvimento sustentável nº 3.

Os passaportes criam uma grande diferença nos direitos, privilégios e obrigações dos indivíduos, e isso requer justificativa. Além disso, garantir direitos suficientemente iguais para todos demandaria uma reorganização substancial e rápida da sociedade, de forma que indivíduos não imunes possam exercer seus direitos e fazer escolhas significativas. Essa reorganização negaria grande parte da utilidade dos passaportes de imunidade. Outras considerações incluem a duração e a base legal; a proteção de dados e a privacidade; se a confidencialidade é possível quando o comportamento público das pessoas refletirá seu *status* imunológico; e se as desigualdades poderão minar a solidariedade.

Mediante isso, entende-se que a viabilidade dos certificados de recuperação depende de quão robusta é a ciência, tendo em vista que a falibilidade dos testes pode levar à concessão de documentos baseados em resultados falso positivos, o

que permitiria a circulação de uma pessoa sem imunidade, constituindo um método frágil e não recomendável.

Como alguns países já introduziram e outros, provavelmente, irão introduzir os passaportes de imunidade, é importante que sejam consideradas as abordagens pragmáticas que visem facilitar a implementação ética de um certificado de recuperação como componente hábil para concessão do passaporte. Os elevados riscos e a incerteza tornam o princípio da precaução útil para minimizar os danos, enquanto outras evidências são coletadas e avaliadas.

Os formuladores de políticas devem agir para mitigar os danos; entretanto, alguns não são intencionais e são mais difíceis de discernir. Por exemplo, as tecnologias digitais podem permitir maior liberdade de movimento, mas a legislação é necessária para proteger a privacidade e prevenir o uso indevido de dados. Complementarmente, os passaportes de imunidade não são viáveis em ambientes em que a exclusão digital poderia agravar a desvantagem.

Do exposto, conclui-se que um nível mínimo de igualdade e de direitos deve ser garantido, pois, onde os testes em massa não são possíveis, a utilização de certificados de recuperação pode causar uma distribuição desigual dos benefícios, de acordo com o acesso das pessoas aos testes e a capacidade de pagar por eles. Além disso, os países que conseguem vacinação suficiente têm a falsa impressão de que com a sua população vacinada e fazendo uso dos passaportes, que incluem os frágeis certificados de recuperação, estariam livres da pandemia. Contudo, os países marginalizados continuam com alta taxa de infecção, facilitando as mutações virais que mitigam os avanços dos países mais estabilizados. Os governos poderiam concentrar o apoio financeiro e planejamento logístico para os países com escassez de vacinas e dificuldades para aplicá-las, tendo em vista que a curta validade das vacinas e a falta de uma rede ampla e estruturada de postos de saúde em regiões menos desenvolvidas dificultam muito a proteção coletiva.

6 Referências

ALBUQUERQUE, Hermano Castro *et al.* **Reflexões sobre testes para covid-19 e o dilema do passaporte da imunidade**. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/45011>. Acesso em: 6 set. 2022.

ALONSO, Lucas; FIORATTI, Gustavo. **Passaportes de imunidade podem recuperar economia, mas criar cidadãos de 2ª classe**, Folha de São Paulo, 15 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/03/passaportes-de-imunidade-podem-recuperar-economia-mas-criar-cidadaos-de-2a-classe.shtml>. Acesso em: 30 set. 2022.

AMANAT, Fatima; KRAMMER, Florian. SARS-CoV-2 vaccines: status report. **Immunity**, v. 52, n. 14, London: Elsevier, p. 583-589, 2020.

ANSED, Manuel. **Três vacinados em cada 100 pessoas nos países pobres: o caldo de cultivo para novas mutações do coronavírus**. El País, nov. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-11-28/tres-vacinados-em-cada-100-pessoas-nos-paises-pobres-o-caldo-de-cultivo-para-novas-mutacoes-do-coronavirus.html>. Acesso em: 14 set. 2022.

BAILEY, Andrew. **The argument in favour of COVID-19 immunity passports**. 23 dez. 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/the-argument-in-favour-of-covid-19-immunity-passports-151627>. Acesso em: 6 set. 2022.

BEDINGFIELD, Will. **Immunity passports aren't a good way out of the coronavirus crisis**. 2020. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/coronavirus-immunity-passports>. Acesso em: 7 set. 2022.

BLANES, Simone. **Dois novas variantes do coronavírus são identificadas na África do Sul**. 13 jul. 2022. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/coronavirus-immunity-passports>. Acesso em: 5 set. 2022.

BROWN, Rebecca C. H. *et al.* Passport to freedom? Immunity passports for COVID-19. **Journal of Medical Ethics**, v. 46, London: BMJ Publishing Group Ltd, p. 652-659, 2020.

CASTRO, Regina. **Observatório covid-19 aponta fase de extinção da “terceira onda” no Brasil**. Fiocruz, 8 abr. 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/observatorio-covid-19-aponta-fase-de-extincao-da-terceira-onda-no-brasil#:~:text=Segundo%20os%20pesquisadores%2C%20os%20novos,casos%20graves%2C%20interna%C3%A7%C3%B5es%20e%20%C3%B3bitos>. Acesso em: 26 abr. 2022.

CONSELHO EUROPEU. **COVID-19: viajar na EU**. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/coronavirus/covid-19-travel-in-the-eu/>. Acesso em: 26 jul. 2022.

CUNHA, Clóvis Arns da; WEISSMANN, Leonardo. **Faz sentido pensar em passaporte de imunidade para covid-19?** Veja Saúde, jun. 2020. Disponível em: <https://infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/faz-sentido-pensar-em-passaporte-de-imunidade-para-covid-19.pdf>. Acesso em: 6 set. 2022.

DEEKS, Jonathan J. *et al.* Antibody tests for identification of current and past infection with SARS-CoV-2. **Cochrane Database of Systematic Reviews**, v. 6, n. 6, Hoboken: Wiley, p. 1-12, 2020.

DWYER, Colin. **Coronavirus has infected a 5th of New York City, testing suggests.** 2020. Disponível em: <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2020/04/23/842818125/coronavirus-has-infected-a-fifth-of-new-york-city-testing-suggests>. Acesso em: 8 set. 2022.

FRANCO, Luiza. **Coronavírus:** contágio nos locais de trabalho foi intenso no início da epidemia, diz estudo de Harvard. BBC News, 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52731878>. Acesso em: 22 out. 2022.

FRÓES, Filipe; AKESTER, Patricia. **Passaporte vacinal:** sim ou não, eis a questão. Diário de Notícias, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.dn.pt/opiniaopassaportevacinal-sim-ou-nao-eis-a-questao-13441412.html>. Acesso em: 9 set. 2022.

GRIERSON, Jamie. **Domestic abuse killings “more than double” amid covid-19 lockdown.** 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2020/apr/15/domestic-abuse-killings-more-than-double-amid-covid-19-lockdown>. Acesso em: 15 set. 2022.

HENEGHAN, Carl; OKE, Jason; JEFFERSON, Tom. **COVID-19 how many healthcare workers are infected?** 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cebm.net/covid-19/covid-19-how-many-healthcare-workers-are-infected/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

KOFLER, Natalie; BAYLIS, Françoise. Ten reasons why immunity passports are a bad idea. *Nature*, v. 581, London: Nature Publishing Group, p. 379-381, 2020.

MALAR, João Pedro. **China volta a ter lockdown, mas analistas veem impacto limitado em exportações brasileiras.** CNN, 7 abr. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/china-volta-a-fechar-mas-analistas-veem-impacto-limitado-em-exportacoes-brasileiras/>. Acesso em: 10 set. 2022.

ONU NEWS. **Taxa de vacinação precisa aumentar seis vezes para atingir meta na África.** 3 fev. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/02/1778652>. Acesso em: 10 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **“Immunity passports” in the context of COVID-19.** 2020a. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>. Acesso em: 12 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **OMS alerta que desigualdade na vacinação está levando a uma “pandemia de duas vias”.** 2020b. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/130595-oms-alerta-que-desigualdade-na-vacinacao-esta-levando-uma-pandemia-de-duas-vias>. Acesso em: 19 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Our World in Data.** Set. 2022. Disponível em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&state=7&mid=%2Fm%2F04wlh&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>. Acesso em: 13 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Passaportes de imunidade no contexto da covid-19**. 24 abr. 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53132/OPASWBRAPHECOVID-1920170_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 jul. 2022.

PETHERICK, Anna. Developing antibody tests for SARS-CoV-2. **The Lancet**, v. 395, London: Lancet Publishing Group, p. 1101-1102, 2020.

ROCHA, Marco Antonio. **Covid-19**: pesquisador da fiocruz tira dúvidas sobre testes de covid-19. Fiocruz, 15 jan. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-pesquisador-da-fiocruz-tira-duvidas-sobre-testes-de-covid-19>. Acesso em: 15 nov. 2022.

ROXBY, Philippa. **Coronavirus**: plea for public to get medical care when they need it. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.co.uk/news/health-52417599>. Acesso em: 9 jul. 2022.

SAVULESCU, Julian; CAMERON, James; WILKINSON, Dominic. Equality or utility? Ethics and law of rationing ventilators. **British Journal of Anaesthesia**, v. 125, n. 1, London: Elsevier, p. 10-15, 2020.

WU, Fan *et al.* Neutralizing antibody responses to SARS-CoV-2 in a COVID-19 recovered patient cohort and their implications. **MedRxiv**, 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.03.30.20047365v2>. Acesso em: 15 jul. 2022.

XIAO, Ai Tang; TONG, Yi Xin; ZHANG, Sheng. False negative of RT-PCR and prolonged nucleic acid conversion in covid-19: rather than recurrence. **Journal of Medical Virology**, v. 92, n. 10, Hoboken: Wiley, p. 1755-1756, 2020.

Crise do direito e propostas de sua superação: ainda há garantias da autonomia jurídica?

MARIA VITAL DA ROCHA

Pós-doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Doutora em Direito Civil (USP). *Perfezionamento* em Direito Romano pela Universidade de Roma *La Sapienza* (Itália). Professora Adjunta de Direito Civil (UFC).

LINCOLN SIMÕES FONTENELE

Doutorando em Sociologia pela Universidade de *Bielefeld* (Alemanha). Mestre em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas (UFC).

Artigo recebido em 15/2/2019 e aprovado em 25/10/2020.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *O direito na diferenciação funcional da sociedade moderna* • 3 *A positivação do direito* • 4 *A Constituição no sentido moderno* • 5 *A emersão de novas categorias jurídicas para a adequação social do direito* • 6 *A autonomia do direito em face dessas novas categorias jurídicas* • 7 *Conclusão* • 8 *Referências*.

RESUMO: Novos modelos de adequação social do direito afetam sua autonomia? Este artigo pretende investigar os mecanismos com os quais o sistema jurídico garante sua positividade e questionar sua subsistência em face de propostas de adequação social do direito na modernidade. Inicialmente, será feita uma exploração, sob a perspectiva teórico-metodológico da Teoria dos Sistemas, para a identificação de mecanismos constitucionais que blindam o sistema funcionalmente diferenciado do direito, que são os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática. Após, diante de um quadro de crise de adequação social do sistema jurídico, as propostas do direito responsivo (Nonet e Selznick), do direito procedimental (Habermas) e do direito reflexivo (Teubner) são analisadas. Nesta oportunidade, levam à pergunta se sua implementação não daria suporte à ingerência na operação jurídica por outros sistemas de seu ambiente externo.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia do Direito • Adequação Social • Direito Responsivo • Direito Procedimental • Direito Reflexivo.

Crisis of law and proposals for its overcoming: are there still guarantees of legal autonomy?

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Law in modern society's functional differentiation • 3 The positivization of law • 4 The Constitution in modern sense • 5 The emergence of new legal categories for the social adequacy of law • 6 The autonomy of law in the face of these new legal categories • 7 Conclusion • 8 References.*

ABSTRACT: Do new models of social adequacy of law affect its autonomy? This article intends to investigate the mechanisms with which the legal system guarantees its positivity and to question its subsistence in light of proposals for social adequacy of law in modernity. Initially, an exploration will be made, from the theoretical-methodological perspective of Systems Theory, to identify constitutional mechanisms that shield the functionally differentiated system of law, which are fundamental rights, separation of powers and democratic political election. Then, in light of a crisis of social adequacy of the legal system, the proposals of the responsive law (Nonet and Selznick), procedural law (Habermas) and reflexive law (Teubner) are analyzed. On this occasion, they question whether their implementation would support interference in legal operation by other systems of their external environment.

KEYWORDS: Sociology of Law • Social Adequacy • Responsive Law • Procedural Law • Reflexive Law.

Crisis del derecho y propuestas de su superación: ¿aún hay garantías de la autonomía jurídica?

CONTENIDO: 1 Introducción • 2 El derecho en la diferenciación funcional de la sociedad moderna • 3 La positivación del derecho • 4 La Constitución en el sentido moderno • 5 La emersión de nuevas categorías jurídicas para la adecuación social del derecho • 6 La autonomía del derecho frente a estas nuevas categorías jurídicas • 7 Conclusión • 8 Referencias.

RESUMEN: ¿Nuevos modelos de adecuación social del derecho afectan su autonomía? Este artículo pretende investigar los mecanismos con los que el sistema jurídico garantiza su positividad, y cuestionar su subsistencia frente a propuestas de adecuación social del derecho en la modernidad. En primer lugar, se hará una exploración, bajo la perspectiva teórico-metodológica de la Teoría de los Sistemas, para la identificación de mecanismos constitucionales que blindan el sistema funcionalmente diferenciado del derecho, que son los derechos fundamentales, la separación de poderes y la elección política democrática. En seguida, ante un cuadro de crisis de adecuación social del sistema jurídico, las propuestas del derecho responsivo (Nonet y Selznick), del derecho procedimental (Habermas) y del derecho reflexivo (Teubner) son analizadas. En esta oportunidad, llevan a la pregunta si su implementación daría soporte a la injerencia en la operación jurídica por otros sistemas de su entorno externo.

PALABRAS CLAVE: Sociología del Derecho • Adecuación Social • Derecho Responsivo • Derecho Procedimental • Derecho Reflexivo.

1 Introdução

Dentro da Teoria Social, destaca-se a Teoria dos Sistemas de Luhmann como escopo teórico-metodológico a partir do qual se desenvolve esta pesquisa. Em primeiro lugar, é pertinente localizar o direito dentro dessa teoria. Para tanto, dedica-se um tópico sobre a sociedade moderna e como o direito nela se enquadra. Dentro da teoria da evolução social luhmanniana, a sociedade moderna é o estágio no qual os seus subsistemas encontram-se diferenciados uns dos outros pela função que exercem. Ter isto bem entendido é importante para que se explore a questão da possibilidade de a função do direito na sociedade moderna estar sendo determinada por ele mesmo ou por outro sistema social. Daí o título do presente trabalho estar na forma de pergunta: ainda há garantias da autonomia jurídica?

Ao se falar em autonomia jurídica, não se pode deixar de mencionar a positividade do direito. Apenas neste estágio da sociedade moderna funcionalmente diferenciada é que se tornou possível falar em direito positivo. Podendo ser modificado a qualquer momento e desgarrado de qualquer fundamento de validade por algo pertencente ao seu ambiente externo, o direito compõe-se de mecanismos internos de autorreflexão. Assim, um instrumento do qual ele se valerá para isso é a Constituição.

Em consonância com a literatura selecionada para o presente estudo, será trabalhada a Constituição no sentido moderno como garantidora da autonomia jurídica. Com isso, que mecanismos ela possui para tal papel? Nesta ocasião, abordar-se-ão os mecanismos dos direitos fundamentais, da separação de poderes e da eleição democrática.

Estabelecida essa forma de garantia da autonomia jurídica, passa-se à abordagem da adequação social do direito. Se existem propostas de modelos jurídicos para tal adequação, tem-se como pertinente esta primeira parte sobre a autonomia do direito, uma vez que permite que a ela se faça referência quando se pergunta até que ponto tais propostas podem acabar minando os mecanismos de blindagem da operação jurídica.

A questão da adequação social ganha relevância em face ao que se tem chamado de crise do direito, que nada mais é do que um descompasso entre o direito e a sociedade. O problema, então, é composto por limites que impedem o direito de se adequar à realidade que o circunda. Para a superação desses limites, existem três propostas de modelo, quais sejam, o direito responsivo (NONET; SELZNICK, 2017), o direito procedimental (HABERMAS, 2013) e o direito reflexivo (TEUBNER, 1983).

Esses modelos serão explicados e, em que pese suas divergências teóricas, complementando o que pode ser complementado, será exposto que o ponto em comum entre tais propostas é que o direito precisa aumentar a autonomia privada na autorregulação, mas estar, ao mesmo tempo, sob condições procedimentais para isso.

Em face dessa constatação e dos pressupostos que garantem a autonomia do direito, chega-se ao ponto de se questionar se realmente tais propostas não seriam uma porta de entrada à ingerência no direito por fatores externos a ele, como o econômico, o político, o moral etc. Sem querer ter uma resposta pronta e acabada para essa pergunta, o presente trabalho tem mais crédito por estabelecer condições para que ela seja feita do que propriamente por respondê-la.

2 O direito na diferenciação funcional da sociedade moderna

Partindo do pressuposto teórico-metodológico da Teoria dos Sistemas, a análise do direito perpassa pelas diferentes formas que esse sistema tem de se manifestar, dependendo do tipo de sociedade na qual ele se insere. Dessa forma, a operação do direito em sociedades arcaicas será uma, enquanto nas sociedades pré-modernas e moderna, outra. É justamente nesse último modelo de sociedade que o direito alcançará positividade, isto é, livre operação sem interferência de outros critérios que não os seus próprios para desempenhar sua função.

A sociedade é composta de diversos sistemas, como o direito, a economia, a política, a educação, a ciência, a moral, a religião etc., nos quais todos eles se diferenciam uns dos outros. O critério que a Teoria dos Sistemas – herdeira da corrente sociológica do funcionalismo de Durkheim – possui para diferenciar um sistema do outro é a função que cada um exerce (LUHMANN, 2007, p. 560), sendo essa uma característica da sociedade moderna (NEVES, 2018, p. 14). Então, nesse modelo de sociedade, que, acrescente-se, é hipercomplexa, cada sistema que a integra exerce uma função diferente, de forma que um não exerça a função do outro, possuindo atores, operações e programas próprios. Vale citar a crítica de que a diferenciação sistêmica não é completa em uma conjuntura de sociedade moderna periférica, especialmente a brasileira (NEVES, 2018, p. 99-156).

O direito, como um subsistema do grande sistema da sociedade, diferenciado funcionalmente, exerce sua função e afasta influências de outros sistemas de sua operação, como, por muito tempo, sofreu da moral, da religião e da política. Não quer dizer que se torne um sistema completamente isolado de seu ambiente externo. A

Teoria dos Sistemas, como um aparato teórico fortemente carregado por uma pesquisa descritiva da sociedade, não ignora as relações que os sistemas possuem entre si. Embora a diferenciação funcional aponte para sua autonomia operativa, ela não se afasta da realidade e não desconhece irritações recíprocas. Significa que, enquanto o direito está operacionalmente fechado, ele também está cognitivamente aberto (LUHMANN, 2011, p. 128-129). O sistema jurídico se sensibiliza com as movimentações dos outros sistemas da sociedade e proporciona respostas jurídicas às demandas que lhe são ofertadas, mas sempre a partir de recursos internos do direito.

3 A positivação do direito

Nesta esteira de se trabalhar o direito na modernidade, trazendo-se o fato de ele poder exercer sua função sem influências externas em suas operações, há de se falar da categoria tanto trabalhada pela filosofia do direito quanto por sua sociologia: o positivismo jurídico.

Tal categoria tem como condição de possibilidade uma sociedade funcionalmente diferenciada, ou seja, cada sistema, inclusive o direito, resolve problemas sociais específicos sem que um interfira na operação do outro (LUHMANN, 1983, p. 225). Nesse sentido, acrescenta Luhmann (1983, p. 229-230), o direito deixa de ter sua vigência com referência à verdade, à implementação do sagrado ou à tradição, podendo ser construído e modificado a qualquer momento. Dito isso, é preciso que não se confunda o direito positivo com fato de se poder fazer e mudar leis, o que já é realidade há muito tempo antes da modernidade. Por isso, vale aduzir a observação do citado autor:

Ainda sob a proteção formal do direito natural realizou-se no século XVIII a transformação do pensamento no sentido da total positivação da vigência do direito. Só no século XIX que o estabelecimento do direito torna-se uma questão de rotina do Estado enquanto legislação, que são criados processos os quais inicialmente se ocupavam em períodos mais ou menos longos – hoje permanentemente – com a legislação. Um enorme e crescente volume de leis é tido por necessário e é produzido. A matéria do antigo direito é reelaborada, codificada e colocada na forma de leis, e isso não só devido à praticabilidade no uso em tribunal e à facilidade de aplicação, mas também para caracterizá-la como estatuída, modificável e de vigência condicionada, com o que se garante agora a racionalidade do direito: 'As leis mantêm sua vigência até que sejam modificadas ou expressamente suspensas pelo legislador', determinava o parágrafo 9º do Código Civil Geral austríaco de 1811. (LUHMANN, 1983, p. 230).

Não se trata apenas de leis sendo criadas e modificadas, mas de uma estrutura processual por meio da qual a autonomia legislativa é exercida. Com isso, há uma ênfase no papel do legislador em ser o ator que decide pela criação e pela modificação das leis. O conteúdo jurídico que, antes, era considerado como imodificável, seja por motivo moral, seja por motivo religioso, ou qualquer outro motivo que não jurídico, agora possui o aspecto de variável. Importa mencionar que esse movimento é acompanhado pela ascensão do Estado moderno, o qual vai arrogando para si cada vez mais o controle da produção e da aplicação do direito, principalmente com a diminuição de poder sofrida pela Igreja (VAN CREVELD, 2004, p. 87-106).

Não pode haver confusão entre a modificação do direito e a sua desobediência, ou seja, não pode ser ilegal, razão pela qual existem processos para essa mudança ocorrer (LUHMANN, 1983, p. 233), e esses processos (legislativos) são estabelecidos pelo próprio direito. Há o lícito e o ilícito na forma com a qual se modifica o programa desse sistema, sendo este o critério de validade da norma, agora distante do direito natural. Trata-se de condição sem a qual o direito positivo não seria possível.

Ainda na linha argumentativa de demonstrar o afastamento de interferências diretas no direito, oriundas de fatores externos, Luhmann faz bem ao levantar a separação de papéis dos atores sociais. Resumidamente, diz ele que “devido ao cargo, e somente devido ao cargo, é que a pessoa pode alterar o direito” (LUHMANN, 1983, p. 233). Isso significa que os atores sociais incumbidos de diferentes papéis como familiares, econômicos, religiosos, morais etc., não se confundem com o papel de quem participa da criação e da modificação do programa do direito, que corrobora com o afastamento de critérios de sistemas não jurídicos na sua operação.

Diante dos fatores apresentados do direito positivo, fica evidente que sua possibilidade está condicionada a uma conjuntura sistêmica de diferenciação funcional, que marcará a sociedade moderna, dentro do quadro teórico sistêmico. Um instrumento que garante, tanto da sociedade quando da positividade do direito, essa diferenciação funcional é a Constituição, mas não com um conceito tradicional: a semântica com a qual se trabalha é a da Constituição no sentido moderno.

4 A Constituição no sentido moderno

Muitos autores tratam da Constituição empregando significados distintos. Não se atentar a isso pode gerar confusões nas premissas e nas conclusões de pesquisas que a abordem de alguma forma. Falar de direito reflexivo dentro de uma abordagem teórico-sistêmica exige que se trate a Constituição com uma

semântica específica, que remeterá ao sentido moderno, porque ele é filiado, obviamente, à sociedade moderna.

Entretanto, mesmo após a diferenciação da sociedade moderna, é possível identificar conceitos de Constituição diferentes. Diante disso, Marcelo Neves (2018, p. 57-64), um dos intérpretes da Teoria dos Sistemas no Brasil, destaca quatro grandes tendências, que são a sociológica (Lassalle), a jurídico-normativa (Kelsen), a ideal (constitucionalismo burguês) e a cultural dialética (Heller e Smend), separando-as do conceito sistêmico-teórico de Constituição (2018, p. 65-87), que é o que vai interessar para o presente estudo.

4.1 O papel da Constituição para a autonomia do direito

Anteriormente, a autonomia do direito foi abordada com a roupagem do positivismo jurídico. Nesse caso, o instrumento que garante essa positividade é a Constituição no sentido moderno. Como os critérios de validade do direito deixaram de ser buscados fora dele – como fora com a legitimação por meio da moral, da religião ou da política, por exemplo –, a validade jurídica passa a depender de critérios internos ao próprio direito (NEVES, 2018, p. 67). Serve a Constituição, portanto, como agregadora desses critérios, cumprindo um papel na garantia do direito operacionalmente fechado. Do contrário, Marcelo Neves (2018, p. 67) aduz: “na sociedade moderna, altamente complexa e contingente, a falta de Constituição juridicamente diferenciada conduz à manipulação política arbitrária do direito, o que impede sua positivação”.

Nesse sentido, o direito constitucional está localizado dentro do sistema jurídico em uma forma hierárquica. Isso significa que ele se encontra acima das outras normas e funciona, no desempenho do seu papel, como limite à operação do direito que, por qualquer influência externa, pretenda ser realizada. Como o sistema jurídico está aberto cognitivamente ao seu ambiente, é de se esperar que se movimente para proporcionar sua adequação social, de forma que, aqui, a Constituição concederá validade apenas ao que com ela se conformar. Portanto, pode-se aderir à conclusão de que “o direito constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo” (NEVES, 2018, p. 68-69).

Não se pode prescindir do fato de que a sociedade moderna é hipercomplexa. Há demandas direcionadas ao direito que surgem de todos os lados de seu ambiente externo. Dessa forma, o sistema jurídico precisa de critérios para conseguir fornecer respostas sem que isso prejudique o exercício de sua função. Ele não pode dar

conta de tudo ao mesmo tempo, pois existem expectativas de comportamento de todo o tipo e conflitantes entre si advindas de seu ambiente social, de forma que aqui entra a Constituição, para impedi-las de frustrarem a movimentação saudável das operações jurídicas (NEVES, 2018, p. 70). Serve como blindagem do direito ao risco de ter sua função sendo exercida por fatores externos, como econômicos, políticos, morais, religiosos etc., já que o direito positivo trabalha com critérios de decisão próprios.

Diante do que foi argumentado, e considerando que é no sentido da diferenciação funcional que evolui a sociedade moderna, pode-se dizer que há a condição de possibilidade para a Constituição desempenhar este papel e guardar a semântica teórico-sistêmica. Ou seja, seria impossível qualquer realização ontológica desse instrumento senão na sociedade moderna.

É com essas premissas que a exposição seguirá e abordará os mecanismos com os quais a Constituição moderna mantém a positividade do direito. Feito isso, eles comporão, mais à frente, o objeto de discussão no momento do levantamento da categoria do direito reflexivo.

4.2 Os mecanismos constitucionais de manutenção da positividade do direito

A Constituição moderna como garantidora da diferenciação funcional comporta alguns mecanismos para isso, que são os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática. Após abordá-los, o estudo seguirá com o levantamento do tema do direito reflexivo para, após, problematizar a possibilidade de se garantir a sua autonomia funcional.

4.2.1 Os direitos fundamentais

A questão que se desenvolve aqui é como e em que medida os direitos fundamentais ou, melhor, sua institucionalização, fornecem a capacidade ao sistema jurídico de se manter operacionalmente fechado. Indo além, como se verá, tal institucionalização não é apenas importante para o sistema do direito nesse sentido, mas para todos os outros sistemas sociais, isto é, também garante o livre exercício de suas operações, blindando-as contra interferências externas.

Constatou-se que a sociedade moderna é hipercomplexa e se caracteriza por ser funcionalmente diferenciada, ou seja, seus subsistemas exercem uma função através de suas operações e são, porque nenhum outro subsistema exerce

a função do outro, diferenciados. Então, é possível concluir pela “inexistência de um sistema social supremo” (NEVES, 2018, p. 71). Isso é um acontecimento da sociedade moderna, vez que uma análise evolutiva das características das sociedades que a precederam pode apontar para uma espécie de dominação social de algum outro sistema sobre os demais. É nesse sentido que Luhmann explora a importância de uma análise sociológica dos direitos fundamentais, pois não se pode ignorar que “*existen relaciones de impedimento o de incentivo entre los sistemas de comunicación de la sociedad*”¹ (LUHMANN, 2010, p. 295).

Portanto, a empreitada teórico-sistêmica identificará a função da qual se ocupam os direitos fundamentais, que é a de impedir que este estágio da diferenciação funcional, no qual se encontra a sociedade moderna, prossiga em sentido contrário, isto é, na direção de uma desdiferenciação social (LUHMANN, 2010, p. 297). É impedir, por exemplo, que a economia consiga determinar as decisões jurídicas, que a religião consiga determinar as decisões políticas, que a moral consiga determinar as decisões científicas etc. Dessa forma, à medida que evitam a desdiferenciação funcional é que conseguem afastar a possibilidade de haver um sistema supremo ordenando toda a movimentação social.

Entretanto, a Constituição não comporta apenas os direitos fundamentais no exercício da função de limite à desdiferenciação. É possível, ainda, destacar duas outras instituições constitucionais: a separação de poderes e a eleição política democrática. Diante disso, merece ser observado que Luhmann expõe claramente que a sua maior inquietação é com a desdiferenciação gerada pelo sistema político (2010, p. 297). E a politização da sociedade é uma possibilidade – não a única – contra a qual são exercidos os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática, sendo estas duas últimas instituições constitucionais exploradas a seguir.

4.2.2 A separação de poderes

O instituto da separação de poderes tem origem no fato social que rejeita qualquer politização da sociedade. O código do poder, isto é, o código da política, não é mais aceito como critério de decisão sobre todas as questões da sociedade.

1 “Existem relações de impedimento ou de incentivo entre os sistemas de comunicação da sociedade” (tradução nossa).

Dessa forma, por exemplo, não orienta decisões jurídicas, econômicas, científicas, morais etc.

Marcelo Neves (2018, p. 72) acerta em defender, então, que “a ausência ou a deformação da *divisão de poderes* conduz à desdiferenciação (politização) e revela-se, por isso, incompatível com a hipercomplexidade da sociedade atual”. Do contrário, se a política dominasse as operações dos outros sistemas, como uma observação histórica pode identificar, poder-se-ia falar em totalitarismo.

4.2.3 A eleição política democrática

Por fim, ainda nesta esteira da diferenciação funcional, a eleição política democrática possui um papel essencial para a manutenção da sociedade moderna. É que pretende manter a diferenciação por via da maior participação possível dos eleitores com votos de igual peso (NEVES, 2018, p. 72).

Trata-se de uma forma de imunizar a política contra tendências expansivas vindas de seu ambiente externo, caso a participação na eleição política não seja democrática. Como o direito sofre irritação da política por meio do processo legislativo, também é uma forma de imunizar o próprio sistema jurídico contra essas tendências.

Destarte, é possível dizer que, em sentido contrário, “seria inimaginável que a política e, com ela, o sistema jurídico, não se identificassem com determinadas concepções ideológicas abrangentes ou com grupos privilegiados” (NEVES, 2018, p. 73). Nesse sentido, as eleições políticas democráticas garantem, então, a diferenciação funcional da sociedade, neutralizando influências externas nas operações tanto do sistema político quanto do jurídico.

5 A emersão de novas categorias jurídicas para a adequação social do direito

Chega-se, agora, ao tema de novas categorias jurídicas para a adequação do direito ao seu meio ambiente externo. A pertinência de levantá-las no debate está na problematização da autonomia do direito pela falta dos mecanismos da Constituição no sentido moderno enunciados acima. Essa nova manifestação do direito ainda se sustenta do ponto de vista de sua efetividade, o que inspira questionar o papel dos direitos fundamentais, da separação de poderes e das eleições políticas democráticas na positividade desta nova forma jurídica.

Desde já, deve-se esclarecer que a abordagem que se pretende realizar dará privilégio ao direito reflexivo, recorte da Teoria dos Sistemas, que tem como referência Gunther Teubner, especialmente seu artigo *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, publicado em 1983. Nesse artigo, partindo das abordagens jurídicas de Nonet, Selznick (direito responsivo) e Habermas (direito procedimental), que serão brevemente exploradas abaixo, e movimentando as suas ferramentas teóricas, Teubner identifica um novo formato de direito, que chamará de direito reflexivo, o qual tem papel de superação do que também será chamado de crise do direito na modernidade.

5.1 A crise do direito na modernidade

A conjuntura social é a de um desencantamento com o Estado regulador, e não é à toa que, dentre outros, tem-se identificado debates sobre desregulamentação (TEUBNER, 1983, p. 239). Como se verá adiante, o direito reflexivo, assim como o direito responsivo e o direito procedimental, nascerá de um profundo questionamento da participação desse modelo de Estado, da sua adequação social e de como o direito realiza uma autorreflexão no sentido de continuar exercendo sua função.

Com o Estado de bem-estar social, o programa jurídico encontra-se caracterizado com um aspecto substantivo, material ou propositivo muito forte (TEUBNER, 1983, p. 240). Para tornar isso mais claro, pode-se dizer que esse programa não privilegiava o aspecto procedimental, o qual disponibilizaria ferramentas aos próprios atores sociais para construir as normas que regeriam suas relações. Assim, essa racionalidade propositiva é questionada quando se começa a identificar a falência do Estado de bem-estar social.

Teubner (1983, p. 241) destaca, então, um debate sobre isso. Segundo ele, se por um lado há defesas de que o direito seja mais propositivo na forma de regulação material das situações, por outro lado há os que entendem que esse movimento do direito não consegue dar conta da complexidade social que se apresenta na modernidade (TEUBNER, 1983, p. 241). Para o autor, trata-se de uma crise do direito e da evolução social, ocasião em que pretende delinear o debate acima com uma perspectiva teórica mais compreensiva.

Tal crise estaria se alimentando de uma sociologia do direito de abordagem evolutiva ainda muito tradicional, de forma que Teubner esclarece que a sua pesquisa trará autores que trabalham a sociedade e o direito com categorias neoevolutivas (1983, p. 241). Para isso, seleciona Nonet e Selznick, pesquisadores estadunidenses,

e Luhmann e Habermas, pesquisadores alemães. Contudo, embora eles possuam suas próprias abordagens teórico-conceituais, Teubner realiza um diálogo entre elas, tentando complementar o que é possível de ser complementado. Após sua pesquisa explorar essas teorias, uma nova perspectiva relacionada a este novo estágio do direito é apresentada, que é a proposta do direito reflexivo.

Teubner, então, passa pelo direito responsivo e pelo direito procedimental para analisar o debate sobre a crise do direito, em que conclui, dentro de uma conjuntura de sociedade funcionalmente diferenciada, que o direito que teria mais adequação social seria o direito reflexivo, em detrimento de um direito de cunho mais propositivo do Estado de bem-estar social (TEUBNER, 1983, p. 270). Dessa forma, passa-se à abordagem dessas perspectivas.

5.2 O direito responsivo

Que o direito não pode se descolar das necessidades sociais já é reconhecido. Esta é uma necessidade que o direito responsivo, categoria desenvolvida pelos estadunidenses Philippe Nonet e Philip Selznick, pretende apoiar. Para eles, as instituições do direito precisam ser instrumentos mais dinâmicos dos movimentos da mudança social sem, contudo, abrirem-se ao ponto de perder a capacidade de moderar o poder na sociedade e de permitir repressões (NONET; SELZNICK, 2017, p. 74-76).

Na verdade, inserindo o direito dentro de uma perspectiva sociológica, ou seja, enxergando-o como instituição social, os autores reconhecem que esse dilema entre manter sua integridade e, ao mesmo tempo, sua abertura à mudança social, não é particularidade sua, pois outras instituições também passam por isso (NONET; SELZNICK, 2017, p. 76). Com essa precaução inicial, monta-se o debate longe de qualquer proposição que ignora externalidades negativas, as quais poderiam ser desconsideradas por quem pretende defender uma posição na esfera pública.

O direito responsivo se encontra em uma terceira e última etapa da racionalidade jurídica, ficando em primeiro o direito repressivo e, em segundo, o direito autônomo.

O direito repressivo, partindo do citado dilema, é marcado por um alto grau de adaptação aos ambientes econômico e político (NONET; SELZNICK, 2017, p. 76). A razão pela qual os autores utilizam o predicado *repressivo* está ancorada na inexistência de qualquer justiça material, situação em que a ordem jurídica se torna potencialmente repressiva diante da manutenção do *status quo*, permitindo relações de poder mais efetivas (NONET; SELZNICK, 2017, p. 29).

Por outro lado, o direito autônomo se caracteriza como uma reação à citada abertura ao ambiente da qual o direito repressivo se fazia valer, tomando como principal preocupação a integridade institucional do direito (NONET; SELZNICK, 2017, p.76). Desde já, o predicado *autônomo* deve ser entendido como a consolidação e a defesa da autonomia institucional do direito (NONET; SELZNICK, 2017, p. 54). A integridade, agora como principal preocupação, é mantida e defendida contra irritações sociais advindas do ambiente do direito. Trata-se do direito positivo, em que os mecanismos de mudança se obrigam a passar pelo procedimento já estabelecido pelo próprio direito e seu conteúdo ganha a característica de ser algo decidido, portanto, mutável. Por fim, é nessa etapa evolutiva do direito que o Estado de Direito é consagrado.

Dessa tensão entre a abertura do direito ou a manutenção de sua integridade surge a tese do direito responsivo como adaptação responsável e seletiva do direito, isto é, qualquer instituição que seja *responsiva* consegue manter aquilo que é essencial para a sua integridade ao mesmo tempo em que lida com irritações que afloram do seu ambiente social (NONET; SELZNICK, 2017, p. 77). Para tanto, torna-se necessário ao direito responsivo algo com o qual se possa balizar esse equilíbrio. Sendo assim, considerando que o direito está encaminhando para uma modalidade responsiva, os citados autores citam propósitos ou finalidades pelos quais ele deve se orientar nessa nova empreitada (NONET; SELZNICK, 2017, p. 77). Para eles, enquanto as finalidades das instituições jurídicas servem de critérios para se conseguir analisar a sua prática, de forma que se permita pensar em mudanças adaptativas, tais finalidades também permitem um controle contra qualquer reformulação do direito de forma discricionária (NONET; SELZNICK, 2017, p. 77).

Dessa forma, o direito, ao mesmo tempo em que se torna aberto às exigências das mudanças sociais, concentra-se em regular as relações entre as pessoas de forma material. Trazendo ao contexto de globalização econômica e de irritações que a economia gera no direito por causa de uma concorrência cada vez mais acirrada e, utilizando-se de um exemplo trabalhista, seria como se o direito trouxesse regras de flexibilização dos modos de se regular a relação de trabalho ao mesmo tempo em que estabelece específicas formas nas quais ela pode ocorrer.

Essas duas posturas, que aparentemente se excluem, renderam críticas por outros autores, dentre os quais, Teubner, para quem Nonet e Selznick erram ao fazer uma espécie de amálgama entre uma racionalidade substantiva e uma racionalidade reflexiva (TEUBNER, 1983, p. 245). Para ele, a tese do direito responsivo trata muito

mais de uma etapa de transição do que de definição de uma resposta à crise do direito na modernidade (TEUBNER, 1983, p. 245).

Em que pese a referida crítica, merece ser reconhecido que Nonet e Selznick trabalharam muito bem o direito como instituição social e souberam diferenciá-lo das outras instituições da sociedade. Além disso, contribuíram para a perspectiva de que a mudança do direito parte dele mesmo, isto é, é interna, autorreferente. Dessa forma, a adequação do direito como instituição social depende de como ele vai se portar diante das demandas que a sociedade apresenta. Note-se que não é o caso de uma determinação externa à instituição jurídica, mas de como o direito se movimenta para manter sua integridade ou se permitir adequar às demandas sociais. É válida, então, a conclusão de Teubner ao dizer que “as mudanças sociais não são nem ignoradas nem diretamente refletidas como em um *esquema de estímulo e resposta*” (TEUBNER, 1983, p. 249).

5.3 O direito procedimental

Habermas, teórico alemão, também compreende que o direito deve manter um grau de adequação com a sociedade, ocasião em que prefere usar a locução paradigma jurídico (HABERNAS, 2003, p. 129). Importante destacar, então, o que significa o uso dessa categoria.

Para ele, funciona como um pano de fundo, de forma que “os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração” (HABERNAS, 2003, p. 131). Veja-se que Habermas trabalha a adequação social de uma maneira mais detalhada. Não se dedica apenas à mudança dos programas normativos da instituição do direito, mas também destaca as adequações que são promovidas pelos atores sociais jurídicos. Na esteira do que se tem argumentado neste artigo, Habermas (HABERNAS, 2003, p. 131) também reconhece o esgotamento do paradigma do Estado de bem-estar social e os problemas jurídicos que daí surgem, inclusive problemas relacionados a um novo modelo de direito.

Inicialmente, esclarece que a discussão sobre a mudança de paradigmas começou no âmbito do direito privado, quando havia uma sociedade econômica despolitizada e livre de intervenção estatal, cujo direito se caracterizava pela garantia da liberdade e, no âmbito do direito público, pela limitação do Estado (HABERNAS, 2003, p. 132). Partindo disso, o processo de crise do direito se deu com o esgotamento desse paradigma, resultando no que Habermas chama de materialização do direito privado,

que envolvia deveres de proteção social, isto é, o fim da precedência do direito privado em relação ao direito constitucional (HABERNAS, 2003, p. 132).

Essa mudança de paradigma em direção ao direito como instituição consagrada do Estado de bem-estar social foi o resultado desta crise do formalismo jurídico. Mas é importante que fique claro que isso não significa o fim de direitos individuais. Enquanto as normas de direito privado continuam valendo e produzindo seus efeitos, embora não como antes, o programa jurídico foi acrescido de normas cuja pretensão se baseia na distribuição mais justa de riqueza, além de uma proteção mais eficaz às forças que a própria sociedade produz (HABERNAS, 2003, p. 139-140). É isto que Habermas quer dizer com a ideia de materialização do direito privado como superação da crise do direito formal burguês. Assim, em resumo, “a vinculação social da propriedade, definida por lei, e a intervenção do juiz no conteúdo e na efetivação, visam compensar assimetrias nas posições do poder econômico” (HABERNAS, 2003, p. 142).

Diante do exposto, surge uma nova crise do direito. Se, por um lado, aquele modelo de direito formal burguês fora considerado insuficiente às demandas sociais, o direito social, por sua vez, também se considera insuficiente à medida que mina a autonomia privada e não dá respostas à nova conjuntura social que demanda adequação jurídica (HABERNAS, 2003, p. 147). Habermas reconhece essa crise da instituição do direito e propõe o paradigma do direito procedimental.

Para o desenvolvimento dessa sua tese, aquele autor estabelece algumas premissas que precisam ser consideradas. Sendo assim, o direito procedimental não é um retorno ao direito formal burguês, mas uma superação dos limites à autonomia privada que o Estado de bem-estar social não conseguiu, sem, contudo, abandonar ou congelar seu projeto (HABERNAS, 2003, p. 147-148). Outro caminho seria inimaginável, considerando que Habermas é o herdeiro da Teoria Crítica. Ele aponta, então, que a solução é a domesticação do sistema econômico capitalista, permitindo que se valha de formas regulativas mais eficientes ao mesmo tempo em que se torne imune a formas de poder ilegítimas (HABERNAS, 2003, p. 148). Neste momento, o autor quer afastar qualquer confusão que identifique no direito procedimental o privilégio do direito reflexivo, tal qual elaborado por Teubner. A diferença é que, sem cair na tese do pluralismo jurídico desse autor, Habermas encara o direito procedimental como contribuição aos direitos fundamentais e o vê como vinculado a um processo constituinte duradouro (HABERNAS, 2003, p. 148).

5.4 O direito reflexivo

Passando-se, agora, ao tratamento do direito reflexivo, tem-se também como ponto de partida a crise do Estado de bem-estar social, cujo modelo propositivo de racionalidade jurídica não encontra mais adequação na sociedade. Não que a proposta do direito reflexivo já esteja pronta e acabada, mas que ela tem sido uma alternativa, a qual, assim como o direito propositivo, compartilha da noção de que o sistema jurídico possui ingerência nos processos sociais, embora divirja quanto à total responsabilidade pelos resultados propositivos (TEUBNER, 1983, p. 254).

Pode haver outras saídas para a inadequação do direito propositivo do Estado de bem-estar social, mas Teubner foca suas pesquisas no direito reflexivo sem se manifestar sobre outras alternativas. Nesse sentido, sua posição se encontra em o direito não mais ter o papel de vincular materialmente as relações jurídicas. A intervenção nos processos sociais proporcionadas por este sistema é vista, então, de uma forma diferente, superando o modelo de direito do Estado de bem-estar social.

A forma com a qual o direito reflexivo influencia as ações sociais é mais no fornecimento de procedimentos e de competências com os quais tais ações podem ser decididas do que em estabelecer quais são as possibilidades permitidas (TEUBNER, 1983, p. 254). É justamente o sentido contrário do direito propositivo, em que já coordenava os comportamentos dos atores sociais de forma incisiva de cima para baixo, com poucas condições de a decisão partir diretamente dos envolvidos nas relações jurídicas. Teubner confessa que esta alternativa se assemelha bastante com as perspectivas liberais e neoliberais do direito, mas destaca que a diferença consiste em haver uma *autonomia regulada* com normas de organização e de procedimentos (TEUBNER, 1983, p. 254-255). Portanto, é dessa forma que o direito rearranja seu programa normativo e permite sua adequação social.

A função que o direito reflexivo exerce é de justamente facilitar processos integrativos na sociedade, o que faz por meio da descentralização da origem constitutiva de seu programa, isto é, da fonte do direito (TEUBNER, 1983, p. 255). O Estado não é mais o grande criador de regras jurídicas que tratam das relações sociais de forma propositiva. Agora, como dito anteriormente, os próprios atores, por meio de mecanismos garantidos pelo direito, têm a possibilidade de se autorregular. Sendo assim, o direito reflexivo segue a linha de conter normas procedimentais que dizem respeito a regular processos, organizações e distribuição de direitos e de competências (TEUBNER, 1983, p. 255).

Como exemplo, Teubner apresenta uma situação de contrato. Enquanto o direito propositivo se preocupa com os resultados, ocasião em que as normas jurídicas controlam os termos do contrato, o direito reflexivo, por sua vez, procura equalizar os poderes entre os contratantes e faz uso de mecanismos de responsabilidade pública em caso de externalidades (TEUBNER, 1983, p. 256).

6 A autonomia do direito em face dessas novas categorias jurídicas

Foram identificados os modelos do direito responsivo, procedimental e reflexivo como propostas de superação de uma crise na adequação social do direito. Com isso, é possível reconhecer que, em que pese partirem de pressupostos metodológicos diferentes, a solução perpassa por uma maior autonomia privada, mas sob condições procedimentais.

Diante dessa constatação, não se escapa a pergunta sobre as condições de autonomia jurídicas desses novos modelos. Se foi possível observar, com a Constituição no sentido moderno, o mecanismo de garantia da positividade do direito, como os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição democrática, o que disso pode ser identificado nas propostas de adequação do direito a novos problemas da modernidade?

Trata-se de um questionamento que tem dado ar a pesquisas recentes envolvendo direitos fundamentais. Como os regimes das *lex mercatoria*², *lex digitalis*³ ou *lex sportiva*⁴, por exemplo, têm garantido a autonomia do direito sem que haja uma interferência de outro sistema, v.g., o econômico?

No Brasil, um exemplo de manifestação de um direito que procura se adequar mais às mudanças sociais é o regime da negociação coletiva. Como a Constituição brasileira permite a livre negociação no que concerne ao salário e à jornada, esse instrumento se mostra bastante interessante para adequações e sensibilizações sociais. Contudo, por razões históricas, o quadro sindical brasileiro, de uma forma geral, é fraco, razão pela qual se pode considerar um desequilíbrio na barganha entre as partes da negociação. Sendo assim, razões econômicas ganham força para direcionar o conteúdo jurídico que regerá a relação de trabalho. Então, o que se tem observado, na realidade, não é uma distribuição equilibrada nas forças dos agentes

2 "Lei mercantil" (tradução nossa).

3 "Ordem jurídica transnacional da Internet" (tradução nossa).

4 "Ordem jurídica autônoma e transnacional do esporte" (tradução nossa).

que constroem o programa, o que se afasta de um autêntico *direito reflexivo* no sentido de Teubner. Em conclusão, a questão a ser posta para futuras discussões é até que ponto o discurso do direito reflexivo consegue se adequar ao ambiente externo do direito sem que caia em um destino de desdiferenciação social, principalmente na modernidade periférica?

7 Conclusão

Partiu-se da perspectiva teórico-metodológica da Teoria dos Sistemas para identificar o direito na sociedade moderna. Neste momento, os sistemas sociais se diferenciam um dos outros por sua função específica. O caso do direito não é diferente, já que ele exerce sua função com autonomia operativa, estando aberto cognitivamente ao seu ambiente externo.

Nesse sentido, a autonomia operativa jurídica torna-se garantida por sua positividade, que significa que o direito passa a ser decidido e modificável por um processo legislativo previsto por ele mesmo. Assim, se livra de amarras de cunho moral ou religioso, por exemplo, para variar conforme o que se decidir dentro das regras do jogo que ele estatui. Afastou-se, então, o direito natural como fundamento de validade.

Foi visto, ainda, que a garantia da positividade do direito e da sua autonomia funcional na sociedade pode ser encontrada na Constituição no sentido moderno, pois os critérios de validade do direito estão nela. Ela servirá como uma espécie de blindagem contra interferências externas, pois o que se pode decidir dentro do direito deve estar de acordo com ela. Ou seja, trata-se de um limite imposto à capacidade de aprendizado que o sistema jurídico possui contra todas as demandas que surgem da sociedade. Apenas na sociedade moderna que, como visto, é funcionalmente diferenciada, tornou-se possível que a Constituição possua esse papel de salvaguardar a autonomia jurídica. Para tanto, possui alguns mecanismos, quais sejam, os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática.

Chegou-se ao tema do direito reflexivo porque problematiza a autonomia do direito pela falta dos mecanismos que a Constituição no sentido moderno comporta. Como a abordagem do artigo é baseada pela Teoria dos Sistemas, privilegia-se o direito reflexivo de Teubner, sem desconsiderar as contribuições do direito responsivo de Nonet e Selznick e do direito procedimental de Habermas.

Após breve explanação dessas propostas, merece ser deixado o questionamento da plausibilidade delas sem que se caia na desdiferenciação funcional, o que ainda dá ar para muita pesquisa.

8 Referências

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. 1. ed. Cidade do México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**. Cidade do México: Universidade Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3. ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2. ed. Nova York: Routledge, 2017.

PINTO, Agerson Tabosa. **Sociologia geral e jurídica**. Fortaleza: Quallygraf Editora e Gráfica, 2005.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, [S. l.], v. 17, 1983 p. 239-285.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Da servidão ao dever constitucional: uma reflexão sobre liberdade a partir de La Boétie

FEDERICA GRANDI

Doutora pela *Università degli Studi di Roma La Sapienza* (Itália). Professora da Universidade de Roma *La Sapienza* (Itália).

HENDRICK PINHEIRO

Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP).
Professor (UFRJ).

Artigo recebido em 28/2/2020 e aprovado em 22/2/2021.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *Liberdade natural e servidão política* • 3 *Dever constitucional e liberdade jurídica* • 4 *Conclusão* • 5 *Referências*.

RESUMO: O artigo aborda a liberdade a partir da contraposição entre os conceitos de servidão política e do dever constitucional, tomando como fio condutor as ideias de Étienne de La Boétie. Na primeira parte, aborda-se a dimensão política da liberdade como atributo do indivíduo suprimido em uma relação de servidão. Na segunda parte, trata-se da liberdade como direito, sendo o dever sua contrapartida social. Este artigo assume a forma de ensaio teórico, construído a partir de revisão bibliográfica de textos da filosofia, da ciência política e do direito, com foco especial no direito constitucional brasileiro e italiano.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade • Dever Constitucional • Servidão • Oposição de Consciência • Desobediência Civil.

From servitude to constitutional duty: a speculation on freedom through La Boétie

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Natural freedom and political servitude • 3 Constitutional duty and right to freedom • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: The article approaches freedom considering the opposition between the concepts of political servitude and constitutional duty, taking Étienne de La Boétie's ideas as a guiding thread. In the first part, the political dimension of freedom is addressed as an attribute of the individual suppressed in a servitude relationship. The second part deals with freedom as a right, with duty as its social counterpart. The article takes the form of a theoretical essay, built from a bibliographic review of texts about philosophy, political science and law, with a special focus on Brazilian and Italian constitutional law.

KEYWORDS: Freedom • Constitutional Duty • Servitude • Consciousness Opposition • Civil Disobedience.

De la servitude au devoir constitutionnel: une réflexion sur la liberté à partir de La Boétie

SOMMAIRE : *1 Introduction • 2 Liberté naturelle et servitude politique • 3 Devoir constitutionnel et liberté juridique • 4 Conclusion • 5 Références.*

RÉSUMÉ : L'article discute la liberté à partir du contraste entre les concepts de servitude politique et de devoir constitutionnel, ayant les idées d'Étienne de La Boétie comme fil conducteur. La première partie est consacrée à la dimension politique de la liberté, en tant qu'attribut individuel supprimé dans une relation de servitude. La deuxième partie traite de la liberté en tant que droit, tout comme du devoir, en tant que pendant social de cette liberté. Il s'agit d'un essai théorique, construit à partir de la revue bibliographique de textes sélectionnés dans les domaines de la philosophie, des sciences politiques et du droit, l'accent mis sur des travaux significatifs de droit constitutionnel brésilien et italien.

MOTS-CLÉS : Liberté • Devoir Constitutionnel • Servitude • Opposition de Conscience • Désobéissance Civile.

1 Introdução

A reflexão sobre a liberdade e seus limites nunca esteve tão atual. Contudo, pensar sobre a liberdade impõe a tarefa de reconstruir seu significado, em especial, quando se trata de liberdade como um direito juridicamente reconhecido.

Este artigo propõe uma análise sobre a liberdade a partir de duas perspectivas que lhe são contrastantes: a servidão e o dever. Servidão, neste contexto, é qualificada como política, pois representa a condição de falta de liberdade imposta ao sujeito por um tirano no exercício de um poder político. Já o dever, na concepção proposta, adota a aceção de relação jurídica de natureza constitucional pela qual o sujeito tem sua liberdade limitada em decorrência de seu pertencimento a uma sociedade.

O argumento tomará como fio condutor a obra “Discurso Sobre a Servidão Voluntária”, de Étienne de La Boétie (2017, p. 68). Tomando as ideias de liberdade desse autor, o artigo buscará demonstrar a diferença entre servidão, condição de atentado a uma liberdade natural e inata dos indivíduos, e dever, construção jurídica na qual a limitação à liberdade decorre do pertencimento do indivíduo a uma comunidade jurídica.

O artigo assume a forma de ensaio teórico, construído a partir de revisão bibliográfica de textos da filosofia, da ciência política e do direito, com foco especial para o direito constitucional brasileiro e italiano, desenvolvido em duas partes: na primeira serão articuladas as ideias de liberdade natural de servidão; a segunda terá por objeto o dever constitucional e a liberdade jurídica. Ao final, serão propostos argumentos conclusivos.

2 Liberdade natural e servidão política

A reflexão sobre a liberdade, de Étienne de La Boétie, no “Discurso Sobre a Servidão Voluntária” (2017), é surpreendente em muitos aspectos. Espantoso o seu caráter precoce, pois, segundo referência encontrada em Montaigne, o texto teria sido produzido quando o autor tinha entre 16 e 19 anos (BONNEFFON, 2017, p. 26).

Nessa obra é clara a influência dos clássicos gregos, cujo estudo marca a formação do autor. Contudo, a utilização de referências da antiguidade clássica faz-se quase irônica, em certo sentido, ao se considerar que a ideia de servidão que o autor combatia era tomada como naturalidade na cultura helênica. Em Platão, estrangeiros e escravos não eram considerados homens livres, portanto, eram párias na República (PLATÃO, 1973, p. 151). A obra aristotélica não difere muito disso,

reconhecendo com naturalidade a condição de escravo de alguns homens, aos quais eram encarregadas as funções servis nos Estados ricos (ARISTÓTELES, 1995, p. 225). Naquele contexto, criar uma ideia de liberdade inspirada nos heróis clássicos parece não refletir a condição dos indivíduos na antiguidade onde tais mitos surgiram.

É tentador creditar o “Discurso” a um La Boétie jovem, que assume um caráter quase mítico em estudos mais atuais, os quais indicam que, embora as ideias iniciais possam ter sido desenhadas muito cedo, o produto final seria fruto de uma reflexão mais madura do autor, que já havia ocupado diversos cargos e funções em um Estado francês marcado pela ideia de autoridade divina do rei como única fonte do poder (GOYARD-FABRE, 1983).

As reflexões sobre o exercício tirânico de poder de La Boétie publicadas em 1549 antecedem a obra de Jean Bodin (2011, p. 195), teórico que buscou a restauração institucional do Estado francês por meio do conceito de soberania na obra “Os Seis Livros da República”, de 1571. Ambos os autores teorizam sobre as relações de poder.

Apesar de não haver uma relação direta entre as duas obras, é possível encontrar pontos de tangência interessantes. Em La Boétie, o tirano é uma figura que personifica as relações de dominação, sendo o titular e a fonte do poder. Insurgir-se contra o tirano é o mesmo que questionar as próprias relações de poder.

Já em Jean Bodin (2011, p. 195), as figuras do Príncipe e da República são dissociadas. O poder emana da República e o Príncipe apenas o exerce. Nesse contexto, diante de um príncipe tirano, a insurgência pode conduzir a sua deposição sem que com isso a instituição da República, como a fonte do poder, seja afetada.

Um dos traços inovadores da obra de La Boétie é o questionamento do papel do indivíduo comum nas relações de poder. Ao colocar a liberdade no centro da reflexão sobre o poder exercido pelo soberano, o autor afasta a coerção como fundamento das relações de submissão (KARNAL, 2017, p. 14). Se os indivíduos dominados são maioria, por que se deixam aprisionar por apenas um tirano? Como consignou o autor:

Em meu juízo, muito se engana quem pensa que as alabardas, as guardas e a disposição das sentinelas protegem os tiranos, que delas se servem, creio eu, mais pela formalidade e pela demonstração de força do que por depositarem confiança nelas. (LA BOÉTIE, 2017, p. 68).

O soberano, no exercício do poder, pode realizar feitos bons ou ruins e, nas hipóteses de desvio, não é seu poder de coerção que mantém sua posição, mas a anuência de seus súditos que voluntariamente abrem mão de sua liberdade. Está aí a crítica ao caráter voluntário da servidão.

Porém, ao enunciar o caráter *voluntário* da condição de submissão, La Boétie parece conceber a liberdade como uma faculdade do homem que, em tese, tudo pode fazer e escolhe não questionar a condição do soberano. Tal posição pode ser contraposta ao conceito de liberdade de Montesquieu, que afasta a liberdade da ideia de independência dos indivíduos para colocá-la propriamente como um direito limitado pela liberdade dos outros. Em sua obra, esse autor consigna que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder” (MONTESQUIEU, 1973, p. 156).

Sobre uma ideia de liberdade natural e inerente à espécie humana defendida no “Discurso” (LA BOÉTIE, 2017) são erigidas reflexões preciosas sobre a igualdade, posicionada como elemento que afasta uma servidão absolutamente forçada: “ninguém pode julgar que, tendo criado todos iguais, a natureza tenha prescrito a alguém a servidão” (LA BOÉTIE, 2017, p. 44). Aceitando que somos iguais em nossa liberdade, a fonte de poder do soberano, pelo menos em parte, deve estar assentada na renúncia voluntária de liberdade dos vassallos. Como resumiu Leandro Karnal, “a servidão é entrega voluntária, só é possível porque, de bom grado e felizes, abrimos mão do direito à liberdade” (KARNAL, 2017, p. 14). E isso acontece por causa do hábito, isto é, o hábito de *idées reçues*¹ e o arranjo para subordinação e servidão: a principal razão pela qual os homens se submetem voluntariamente é porque nascem servos e, como tal, são criados.

Essa ideia de igualdade como fundamento de um direito natural derivada da liberdade também aparece em Thomas Hobbes. Porém, diferente de La Boétie, o autor inglês parece tratar do ato de abrir mão da liberdade em prol do Estado não como um processo de submissão servil, mas como ato consciente de indivíduos que buscam a segurança para o exercício da parcela de liberdade que lhes resta. Cada sujeito se opõe aos demais em seu direito absoluto de preservar a vida de agressões externas por qualquer meio. O Leviatã (ou seja, organização política), portanto, é a solução para salvar os homens da terrível condição de *bellum omnia contra omnes*². Mas, na base do pacto para sair da perpétua beligerância, há a renúncia ao direito absoluto de cada um: assim começa a construção da comunidade política. Ao final, a renúncia de uma parcela da liberdade de cada indivíduo não é um ato de submissão,

1 Estereótipos comuns (tradução nossa).

2 Guerra de todos contra todos (tradução nossa).

mas uma consequência da opção por um modelo de organização política baseada na ideia de Estado (HOBBS, 1839b).

A teoria hobbesiana sobre a construção do *status* civil, no entanto, não resulta necessariamente na negação de qualquer dimensão não política, mas concentra a atenção no fato de que, para viver em sociedade, é indispensável, primeiramente, um sacrifício inicial de todos, isto é, a assunção de deveres em relação ao Leviatã, ou melhor, à comunidade política. Ademais, isso parece confirmado também por pesquisas sobre a raiz etimológica da palavra *communitas*, que viria do termo latino *munus*, cujo significado é dever (ESPOSITO, 1998). Hobbes afirma, considerando Bracton “*Nihil enim prodest jura condere, nisi sit qui jura tueatur*”, isto é: “os direitos precisam de um poder, uma estrutura que os proteja e permita que sejam reivindicados” (HOBBS, 1839a, p. 31). Essa estrutura é necessariamente construída a partir dos deveres que recaem sobre os membros da comunidade política. Um dos legados fundamentais da reflexão hobbesiana no desenvolvimento do constitucionalismo moderno, portanto, consiste em destacar, de uma vez por todas, que se o poder quer ser fundado como legítimo, não pode prescindir da lei. Como observado pela doutrina constitucional italiana: “*il sovrano conquista il potere assoluto, sì, ma il diritto, a sua volta, priva il potere sovrano della pretesa di trovare il proprio fondamento in qualcosa che non sia il diritto*” (LUCIANI, 2006, p. 1646).

A ideia de liberdade como direito natural que aparece no “Discurso” (LA BOÉTIE, 2017) também pode ser apontada como premissa em autores como Thomas Paine (1973, p. 51-52), que teorizava sobre um governo de iguais que, por meio de funções mínimas, garantisse liberdade e segurança, e Alexis de Tocqueville (1973, p. 229), para quem a igualdade é o fundamento do direito de associação, por meio do qual os indivíduos semelhantes abrem mão de sua liberdade natural em prol da realização do bem comum.

A mensagem do “Discurso” é poderosa ao colocar o ato de abrir mão da liberdade como a real fonte do poder. Nesse contexto, só há poder quando os indivíduos, titulares de uma liberdade natural e pressuposta, renunciam à parte dessa liberdade e permitem ao soberano que exerça sobre eles poder. Note-se que essa noção antecede em muito as ideias contratualistas de Estado, no qual o poder deriva de um acordo entre os indivíduos. Quando La Boétie fala de liberdade, não está tratando

3 “O soberano conquista o poder absoluto, sim, mas a lei, por sua vez, priva o poder soberano da reivindicação de encontrar sua base em algo que não seja o direito” (tradução nossa).

de uma titularidade de direitos juridicamente reconhecidos, mas de uma faculdade natural do homem, que garante sua independência em relação aos outros sujeitos.

É possível traçar um paralelo entre o ato de abrir mão da liberdade em La Boétie e Jean-Jacques Rousseau (1973, p. 37). Este ao desenvolver sua ideia de pacto social, prega uma renúncia consciente em torno dos benefícios de uma sociedade plural, ao passo que no “Discurso” (2017), aquele busca denunciar uma renúncia irrefletida e integral, que, de alguma forma, possibilita que um soberano, seja ele legítimo ou tirano, explore e submeta seus governados.

A ideia de um soberano como sujeito investido do poder em nome de uma instituição estatal, que exerce a soberania em nome do povo, parece romper com as ideias de La Boétie. Contudo, o “Discurso” também consigna a diferença entre servir e obedecer:

Nossa natureza é tal que os deveres comuns da amizade ocupam boa parte do curso de nossa vida. É razoável amar a virtude, estimar os belos feitos, reconhecer o bem e de onde o recebemos e reduzir, com frequência, nosso conforto para aumentar a honra e a vantagem daquele que amamos e as merece. Por conseguinte, se os habitantes de um país encontram uma figura grandiosa que demonstrou muita previdência em protegê-los, destemor em defendê-los, e diligência em governá-los, e se, doravante, eles se habituem a obedecê-la e nela depositam tal confiança que lhe conferem certas vantagens, não se seria sábio retirá-la de onde ela fazia o bem para colocá-la onde possa fazer o mal; embora, certamente, se ela jamais falhasse em conservar a bondade, não haveria por que temer o mal daquela de quem só se colheu o bem.

Mas ó, bom Deus! O que é isso? Que nome damos a esse fenômeno? Que infortúnio é esse? Que vício é esse, ou melhor, que infeliz vício é esse? Ver infinitas pessoas servindo em vez de obedecer; sendo tiranizadas em vez de governadas; [...] (LA BOÉTIE, 2017, p. 35-36).

Na servidão voluntária, o ato de abrir mão da liberdade é cego e sujeita o indivíduo à vontade absoluta do soberano em uma relação de tirania. Já em uma relação de governo, o exercício do poder deve ser responsável e desenvolvido no interesse do bem comum, inclusive e principalmente daqueles que abriram mão de sua liberdade. Nesse sentido, o autor registra ainda:

Entre os livres, um luta mais do que o outro pelo bem comum, por si mesmo, e cada um espera ter sua parte nos males da derrota ou nos benefícios da vitória; ao passo que entre os dominados, além dessa coragem guerreira, perdem a vivacidade em todas as coisas, e seu espírito é frágil, frouxo e incapaz de qualquer feito grandioso. (LA BOÉTIE, 2017, p. 38).

Ao reconhecer a importância de um governo estruturado em torno do bem comum como expressão do exercício legítimo do poder, La Boétie parece admitir como legítima a renúncia de parcela da liberdade individual, nesse caso. É dizer: a liberdade natural renunciada em favor de um soberano justo é a fonte de uma relação de obediência e não de servidão.

O caráter voluntário da servidão é o centro de uma crítica que questiona por que indivíduos iguais e, portanto, dotados de uma liberdade natural, não questionam um soberano tirânico. Jamais resignado diante da arbitrariedade, La Boétie invocava os indivíduos a rebelarem-se:

[...] podeis livrar-vos se tentardes; e não é preciso nem mesmo agir, basta querer fazê-lo. Sede resolutos em não servir mais, e estareis livres. Não peço que o derrubeis [o soberano] de seu posto, apenas que não o tolereis mais, e o vereis, com um grande colosso do qual se retirou a base, ruir sob o próprio peso. (LA BOÉTIE, 2017, p. 42).

A revolta invocada por La Boétie é fruto da legítima recusa em reconhecer a autoridade do soberano derivada da consciência de que o ato de servir é uma decisão. Guarda alguma relação com o direito à sedição, teorizado muito antes por São Tomás de Aquino, que não a reconhecia como um pecado mortal quando implicasse a deposição de um regime tirânico, tomado por esse autor, a partir de referências aristotélicas, como injusto “porque não se ordena ao bem comum, mas ao bem privado de quem detém o poder” (TOMÁS DE AQUINO, 2004, p. 532).

Essa possibilidade de os governados questionarem a autoridade do governante aparece também na doutrina de John Locke, que reconhece o direito de rebelião contra o arbítrio de um príncipe único que resiste em se submeter às leis impostas pela maioria (LOCKE, 1973, p. 125-126).

Partindo da necessidade de consentimento dos indivíduos como fundamento para o exercício do poder, Henry David Thoreau teorizou sobre a liberdade de desobediência civil, que poderia ser endereçada de maneira independente e contra o exercício ilegítimo do poder.

A autoridade do governo, mesmo aquela a que estou disposto a sujeitar-me – pois prazenteiramente obedecerei a quem saiba e possa fazer melhor que eu, e, em muitas coisas, mesmo a quem não saiba nem possa fazer tão bem –, é ainda uma autoridade impura: para ser estritamente justa, tem de receber a sanção de o consentimento dos governados. Não pode ter nenhum direito puro sobre minha pessoa e meus bens, mas apenas aquele que lhe concedo. (THOREAU, 1968, p. 45-46).

Contudo, o direito de sedição, de rebelião, e a desobediência civil pressupõem a existência de uma estrutura de poder (Estado) e um governante que o exerce de maneira ilegítima. Tais direitos tratam da possibilidade de se insurgir contra o governante e, em alguma medida, afastam-se da posição de independência do indivíduo em relação à estrutura de poder presente na obra de La Boétie. Quando esse autor invoca os indivíduos a questionarem a servidão, ele não está a propor apenas a derrubada de um soberano ilegítimo, mas a subversão da própria estrutura de poder e, nessa medida, a garantia de insurgência contra o soberano revela-se como uma garantia política, externa ao próprio ordenamento jurídico.

Essa estrutura de liberdade pressuposta, valor intrínseco do indivíduo, parece condizer com a perspectiva atual dos direitos humanos. E o que diz respeito aos direitos humanos se reflete nos direitos constitucionais.

Com efeito, na contemporaneidade pós-moderna, assiste-se a um alargamento progressivo do número de direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições nacionais, devido também a sua sobreposição com os direitos humanos presentes nas cartas internacionais. No entanto, em uma inspeção mais minuciosa, essa sobreposição não parece correta, uma vez que os direitos constitucionais são situações jurídicas específicas dignas de proteção, apoiadas por garantias mais penetrantes, como a aplicabilidade direta pelo judiciário e o fato de que esses (direitos) não podem ser afetados pelo legislador (LUCIANI, 1992, p. 101-106), ao contrário do que acontece com os direitos humanos. Os direitos constitucionais se diferenciam dos direitos humanos porque são o resultado da vontade do Constituinte de priorizar determinadas situações legais em detrimento de outras; segue-se que, na sistemática de uma Carta circular fundamental, em que cada parte está em harmonia com a outra, o tratamento reservado para as situações acima mencionadas se reflete em primeiro lugar nas situações jurídicas que constituem o seu oposto: ou seja, os deveres constitucionais. Não é o mesmo para os direitos humanos.

Para aqueles que acreditam que a unidade é o meio de perseguir o objetivo de buscar o bem comum e que ela é construída a partir de um certo equilíbrio entre autoridade e liberdade, isto é, entre direitos e deveres constitucionais, esse fenômeno de hipertrofia dos direitos constitucionais seguindo os passos dos direitos humanos levanta alguns problemas.

A necessidade de unidade, assegurada por um equilíbrio historicamente aceitável entre autoridade e liberdade, por outro lado, parece infalível, mesmo para autores como Giacomo Leopardi, pelo fato de que:

L'uomo odia l'altro uomo per natura, e necessariamente, e quindi per natura esso, sì come gli altri animali è disposto contro il sistema sociale. E siccome la natura non si può mai vincere, perciò veggiamo che niuna repubblica, niuno istituto e forma di governo, niuna legislazione, niun ordine, niun mezzo morale, politico, filosofico, d'opinione, di forza, di circostanza qualunque, di clima ec. è mai bastato nè basta nè mai basterà a fare che la società cammini come si vorrebbe, e che le relazioni scambievoli degli uomini fra loro, vadano secondo le regole di quelli che si chiamano diritti sociali, e doveri dell'uomo verso l'uomo. (LEOPARDI, 1921, 1688-1689).⁴

Como essa é a natureza do homem, segue-se que em um agregado humano perfeitamente livre não há unidade; como dizer que em uma condição de perfeita liberdade não pode ser assimilada a uma verdadeira sociedade política (LUCIANI, 2017, p. 93). Portanto, para que tal sociedade seja formada e preservada, apesar da multiplicidade de opiniões e desejos que o povo, tem

[...] non c'è altro mezzo che subordinarle, e farle dipendere e regolare da una sola opinione, volontà, interesse; vale a dire dalle opinioni, volontà, interessi di un solo. L'unità è ottenuta; ma perch'ella sia vera unità, bisogna che questo solo, sia veramente solo; cioè possa pienamente diriggere e regolare e determinare le opinioni interessi volontà di ciascuno; e disporre per conseguenza delle forze di ciascuno: in somma che tutti i membri di quella tal società, dipendano intieramente da lui solo, in tutto quello che concerne lo scopo di detta società, cioè il di lei bene comune. (LEOPARDI, 1921, 455-456).⁵

No contexto de uma sociedade, na qual a lei é a expressão de uma vontade coletiva, é possível conceber a observância da legislação não como a submissão do indivíduo à vontade de um, mas como o reconhecimento de limites coletivamente estabelecidos ao exercício de uma liberdade individual. Nesse contexto, a limitação

4 "O homem odeia o outro homem por natureza e, necessariamente, portanto, por natureza, como outros animais, está disposto contra o sistema social. E como a natureza nunca pode ser conquistada, vemos que nenhuma república, nenhuma instituição e forma de governo, nenhuma legislação, nenhuma ordem, nenhuma moral, política, filosofia, opinião, força, circunstância, clima etc. nunca foi nem será suficiente para fazer a sociedade andar como se gostaria, e que as relações mútuas dos homens entre elas sigam as regras do que se chama direitos sociais e deveres do homem para com o homem" (tradução nossa).

5 "opinião, interesse; isto é, pelas opiniões, vontades, interesses de um. A unidade é alcançada; mas, para que ela seja verdadeira unidade, isso por si só deve estar verdadeiramente sozinho; isto é, ele pode direcionar, regular e determinar totalmente as opiniões, interesses e desejos de cada um; e dispor da força de cada um como consequência: em suma, todos os membros dessa sociedade dependem inteiramente somente dele, em tudo o que diz respeito ao propósito dessa sociedade, ou seja, ao bem comum dela" (tradução nossa).

da liberdade não representaria uma relação de servidão, mas o reconhecimento de uma cidadania responsável.

Pensar o direito em suas feições modernas é reconhecer a necessidade de uma unidade em torno da lei como fonte e limite para o exercício da liberdade. Nesse ponto, admitir o caráter universal e transcendente dos direitos humanos, sem reconhecer a contrapartida necessária dos deveres no equilíbrio desta relação, significa esvaziar seu próprio conteúdo, posto que não há como reconhecer direitos sem garantir uma estrutura de manutenção deles mesmos. Sem os deveres, não há como pensar em um Estado que assegure o cumprimento dos direitos.

Nesse contexto, os deveres surgem não como uma relação de submissão, mas como uma contrapartida necessária à uma liberdade juridicamente garantida.

3 Dever constitucional e liberdade jurídica

As ideias de La Boétie exprimem um movimento de questionamento das estruturas medievais de poder que conduziu, no princípio do século XVI, à formação do Estado Moderno, que tem como característica a secularização da política e o direito como limite ao poder do soberano (TONETI, 2009, p. 167).

Imaginar a necessidade de regulação das relações de poder por meio do direito invoca a ideia de dever, tomado como compromisso pelos indivíduos para com uma estrutura de poder e, assim, para um limite da liberdade.

A ideia de deveres nas relações entre cidadão e sociedade, em sua dimensão moral, não é recente e já aparecia em escritos do legislador romano Cícero (2000, p. 19), que os fundava em uma noção de honestidade, na qual as ações do indivíduo consideram a alteridade e são condenadas no utilitarismo (FERACINI, 2011, p. 69). Porém, em uma dimensão moderna que exprime uma relação de pertencimento entre indivíduo a um corpo coletivo, a noção de dever pode ser posicionada como decorrente do Estado de Direito Liberal.

Antes do dever, imperava nas relações entre governantes e governados algo muito próximo da servidão presente em La Boétie, na qual o exercício do poder não tinha limites e havia “um único senhor, o qual nunca se pode garantir que seja bom, pois tem sempre o poder de ser mau quando desejar” (LA BOÉTIE, 2017, p. 34). Em tal construção, a liberdade não exprime propriamente um direito a ser oposto contra o titular do poder, ainda que pudesse ser pensada como atributo inerente à condição humana.

A emergência do contratualismo consolidou o dever como elemento de integração entre indivíduo e sociedade (GROSSO, 2010, p. 230), na condição

de obrigação política derivada da convergência de interesses ao redor de uma organização estatal capaz de garanti-los.

O dever do cidadão para com o Estado pode ser associado à ideia de fraternidade derivada dos ideais revolucionários franceses e representa a inclusão de todos os cidadãos em condição de igualdade no processo político, assim como o rompimento com uma estrutura de poder baseada na vontade divina, abrindo caminho para a construção de um Estado laico (GRANDI, 2014, p. 37).

Pensar a fraternidade como fundamento de um dever político entre cidadãos iguais afasta uma ideia de servidão baseada na desigualdade entre servo e soberano, sempre presente em La Boétie. Entre fraternos iguais, qualquer governo é construído não pela sujeição, mas pela união de esforços em torno do objetivo comum. Nesse contexto, a solidariedade emerge como princípio que entremeia as relações sociais entre esses indivíduos (BORGETTO, 2018).

Na obra de La Boétie, é forte a busca por uma liberdade baseada na igualdade. Porém, como consignou Edgar Morin (2019, p. 9), liberdade e igualdade não bastam para a configuração de uma sociedade moderna. Muita liberdade pode atentar contra a igualdade, assim como muita igualdade mata a liberdade. Nesse contexto, a fraternidade figura como elemento de coesão e de balanceamento social. A fraternidade é a expressão de um conjunto de relações solidárias entre os indivíduos. Talvez, a exacerbação de uma liberdade individual possa ser o túmulo da igualdade, ao criar estamentos de submetidos aos deveres e aos bolsões de resistência.

Porém, o mundo que La Boétie não viu trouxe a fraternidade como grande elemento de equilíbrio de coesão social. Diante de relações fraternas, marcadas na democracia pelo “respeito indispensável ao outro” (BORGETTO, 1993, p. 598) e nas quais não há espaço para servidão, o dever assume a posição de elemento de fraternidade, que sujeita a todos igualmente em um paradigma de liberdade consciente e garante a realização de um projeto social comum.

Essa ideia de dever como manifestação da condição política dos indivíduos também pode ser associada ao surgimento da constituição, instrumento jurídico que regula e limita o exercício do poder pelo soberano por meio do reconhecimento de direitos e deveres fundamentais.

O caráter emancipatório dos direitos fundamentais pode ser identificado tanto na Declaração da Virgínia – que se legitimava no reconhecimento de direitos originários de todos os homens – quanto na Revolução Francesa, que esposava a

ideia de ruptura com um regime absolutista baseado em privilégios, e ambos os eventos buscavam a construção de um Estado secular, fundado no respeito aos direitos igualmente atribuídos a todos os cidadãos (SILVA, 2005, p. 544-545). Esses eventos históricos têm o traço comum de representarem uma ruptura com relações de dominação desiguais em prol da garantia de liberdades individuais. La Boétie certamente veria neles a decisão de um povo de abandonar a condição de servo e de buscar o estabelecimento de um governo legítimo.

Em sua primeira feição (primeira geração), os direitos fundamentais representam o reconhecimento de liberdades públicas, que figuram como escudo de proteção dos indivíduos contra a arbitrariedade no exercício do poder (SARMENTO, 2006, p. 12-13). Contudo, o reconhecimento desses direitos representa o consequente reconhecimento de deveres derivados da condição de cidadania. Neste primeiro momento, os deveres fundamentais assumem o caráter de vínculo de natureza voluntária, estruturado em torno da cidadania, que assume uma relação direta com os direitos reconhecidos pelo Estado (GRANDI, 2014, p. 19).

O processo evolutivo dos direitos fundamentais passa pela emergência de direitos econômicos e sociais, influenciados pelas ideias de Estado Social (segunda geração) e ainda dos direitos à fraternidade e à solidariedade (terceira geração) “que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado” (BONAVIDES, 2003, p. 569).

Com a superação do Estado Liberal em prol do Estado de Direito Material, a solidariedade passou a ser tomada como principal elemento na compreensão da estrutura de dever jurídico. Abandona-se uma articulação de dever como contraprestação decorrente dos direitos para uma compreensão de que o conjunto de direitos garantidos pelo Estado encontra condições materiais diante da existência de deveres atribuídos juridicamente ao indivíduo/cidadão pela coletividade. Nesse contexto, os deveres jurídicos, justificados a partir da solidariedade, assumem a condição de ferramenta da coesão social (LOMBARDI, 2007, p. 573).

Na origem, tal compreensão de dever jurídico parece conflitar com uma liberdade natural, condição pressuposta do indivíduo em relação ao soberano, fundante no “Discurso” (LA BOÉTIE, 2017). Porém, há de se compreender que o autor reconhecia na igualdade dos indivíduos o fundamento dessa liberdade. As relações de solidariedade associadas ao dever jurídico no Estado moderno também são fundadas na igualdade, reconhecendo que somente haverá liberdade se todos colaborarem de maneira equânime para a realização de um projeto comum.

No panorama cultural italiano, existe um autor que, em meados do século XIX, encarava nos deveres uma função adicional, superando a *“modo di essere puramente liberale delle costituzioni della borghesia”*⁶ (LOMBARDI, 2007, p. 569). Era Giuseppe Mazzini – um dos pais do *“Risorgimento”* italiano – que, com uma visão extraordinária e moderna, compreendeu o papel dos deveres no caminho da integração das massas populares na comunidade política. Em seu ensaio intitulado *“Doveri dell’uomo”*⁷, Mazzini se engaja na construção da teoria dos deveres a partir das declarações de direitos humanos da Revolução Francesa. Na realidade, esse autor não negava o papel histórico da declaração de direitos, apenas destacava a necessidade de esta ser acompanhada de uma declaração de princípios, com o objetivo de *“esprimere «le condizioni d’un’Epoca il cui fine è l’Associazione»*⁸ (LEVI, 1967, p. 104). A constatação da insuficiência dos mecanismos de proteção dos direitos decorrentes das conquistas revolucionárias para as classes mais fracas levou Mazzini a ver em seus deveres o instrumento para iniciar a integração das massas excluídas da administração da *respublica*, a fim de conter conflitos sociais determinados por desigualdades congênicas ao estado liberal.

Em face desses conflitos, Mazzini buscava uma reforma moral que restaurasse um individualismo burguês já desgastado. Visto que a igualdade legal (formal) não tinha sido suficiente, era necessário procurar, de um outro lado, o impulso propulsivo que traria às massas os benefícios que a burguesia já conhecia: ele a encontrou na ideia educativa de dever. De fato, no pensamento mazziniano, o dever necessariamente contém o impulso para o progresso. Considerando que a facultatividade é uma característica típica dos direitos, atrelar o progresso da sociedade a eles (e não aos deveres), significaria abandoná-lo à arbitrariedade. Mazzini, portanto, acreditava que sua missão era fundar uma teoria dos deveres, como o que havia sido feito no século anterior com direitos:

Ponete giunta una di quelle solenni crisi che minacciano la vita di una nazione, ed esigono il sacrificio attivo di tutti i suoi figli – un’invasione straniera, un tentativo rivolto a conculcare la legge dello Stato per sostituire l’usurpazione di uno solo; una rivoluzione da compirsi a beneficio d’una classe oltraggiata – chiederete ai cittadini, in nome dei diritti, di affrontare il martirio? Non è primo fra tutti i diritti il diritto alla vita? Avete insegnato

6 “Maneira original de ser puramente liberal das constituições da burguesia” (tradução nossa).

7 “Deveres do homem” (tradução nossa).

8 “Expressar ‘as condições de uma Época cujo objetivo é Associação” (tradução nossa).

all'uomo che la società non era costituita se non col fine d'assicurargli i suoi diritti; ed or gli chiedete di sacrificarli tutti – di soffrire e morire per la salvezza della nazione – pel progresso d'una classe di cittadini alla quale non lo legano forse né gli affetti né le abitudini. No; ei calcolerà freddamente i pericoli e le probabilità di successo e trarrà da quel calcolo norma alle azioni. (MAZZINI, 1961, p. 99).⁹

O ideário de Mazzini foi adotado pelos Constituintes italianos na redação da Constituição da República Italiana de 1948, na qual os deveres e os direitos assumem a tarefa de construir um complexo de garantias contra qualquer agressão à liberdade da pessoa em um projeto constitucional que toma como ultrapassados tanto o individualismo liberal quanto o coletivismo socialista, conforme o art. 2º, que assim dispõe:

“A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”. (ITÁLIA, 2018, p. 5-6).

A Constituição brasileira também encampa essa ideia de dever como elemento fundante da ordem constitucional. A ordem de 1988 estabelece como objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do desenvolvimento nacional; e a erradicação da pobreza e redução das desigualdades (BRASIL, 1988, art. 3º). Nessa disposição está o reconhecimento da solidariedade como “instrumento a serviço da política social e econômica do Estado redistribuidor” (CARDOSO, 2014, p. 147).

Nessas bases, o Estado Brasileiro pode ser tomado como um Estado de Direito Material, que não só assegura a proteção dos direitos individuais, representados em grau maior pela liberdade, mas também promove os direitos coletivos e transindividuais como instrumentos para a construção de uma igualdade efetiva.

9 “Coloque uma daquelas crises importantes que ameaçam a vida de uma nação e exija o sacrifício ativo de todos os seus filhos – uma invasão estrangeira, um intento revolucionário que ameaça substituir a lei estatal pela vontade de um único indivíduo; uma revolução organizada em benefício de uma classe indignada – você pede aos cidadãos, em nome dos direitos, que enfrentem o martírio? O direito à vida não é o primeiro de todos os direitos? Você ensinou ao homem que a sociedade era constituída justamente para garantir-lhe seus direitos; e agora você pede que ele sacrifique todos eles – sofra e morra pela salvação da nação – pelo progresso de uma classe de cidadãos com os quais, talvez, não comunhem nem afetos nem hábitos. Não, e ele calculará friamente os perigos e as probabilidades de sucesso e extrairá desse cálculo normal para as ações. (tradução nossa).

Porém, para realizar a missão de fiador desses direitos fundamentais, esse Estado necessita de meios (CASALTA NABAIS, 2002; HOLMES, 1999; MURPHY, 2005; NAGEL, 2005; SUNSTEIN, 1999). Os deveres fundamentais, em especial o dever tributário, emergem como instrumentos para garantir que todos os indivíduos contribuam para a entidade estatal (CASALTA NABAIS, 2004, p. 107).

A dimensão dos deveres, em poucas palavras, explicita juridicamente o ponto de equilíbrio entre autoridade e liberdade. Consequentemente, em uma comunidade política caracterizada pela presença de interesses conflitantes, o desafio de construir uma ordem unitária e democrática com caráter efetivo é enfrentado pela preparação do dever como mecanismo para criar os laços de solidariedade necessários para alcançar a integração de um todo social complexo.

No fundo, essa função de deveres já era parcialmente intuída no século XVIII com a elaboração do conceito de Nação – um corpo social que possui um patrimônio de interesses e de sentimentos comuns que transcendem o que poderiam ser as divisões contingentes – utilizado para consolidar as relações entre cidadãos na França revolucionária (BORGETTO, 1993, 50-51).

Nesse contexto, não se está propondo deslocar a concepção do direito social do universo axiológico da justiça social para aquele do princípio da solidariedade, pois essa operação dissolveria as características peculiares dos direitos sociais (individualidade e aplicabilidade direta), transformando-os em direitos de grupo. Busca-se apenas enfatizar que para criar o enredo de uma ordem que garanta igualdade efetiva, é necessário assumir a consolidação do princípio da solidariedade.

Os deveres constitucionais, na realidade, encarnam, em todas as épocas, a relação entre autoridade e liberdade: movimentos de solidariedade são, de fato, o pré-requisito de toda ordem e, no entanto, é o plexo dos deveres (constitucionais) e dos direitos (constitucionais) que indica a natureza de uma constituição, isto é, a relação entre governados e governadores ou – ainda, de maneira diferente – a natureza e o grau de efetividade dos direitos.

Ao final, se La Boétie pudesse refletir sobre as feições atuais das sociedades estruturadas sobre um conjunto de direitos e de deveres fundamentais, talvez não reconhecesse o dever como uma forma de servidão. Contudo, a partir das marcas deixadas no “Discurso” (LA BOÉTIE, 2017), é possível inferir que, talvez, o autor francês apontaria os casos em que o indivíduo pudesse recusar-lhes obediência de maneira legítima.

Pois bem, a recusa em obedecer aos comandos legitimamente previstos pelo sistema jurídico pode assumir nomes diferentes, dependendo da configuração da rejeição. Portanto, fala-se em direito de resistência quando a violação da lei tem como objetivo a subversão da ordem em sua totalidade. Nesse caso, está em pauta a legitimidade geral do exercício da autoridade pública, decorrente da perda do consentimento necessário dos governados. A peculiaridade dessa forma de desobediência ao ordenamento é fortemente influenciada pela reflexão medieval – representada por Coluccio Salutati (1942), no texto “De tyranno”, de 1400 – e subsequente influência dos “Monarchomachs” exposto por Stephanus Junius Brutus (1979), em “Vindiciae contra tyrannos”, de 1579, e por François Hotman (1991), em “Franco-Gallia”, de 1574 – sobre tirania, que propunha a existência de um direito de resistência ao rei tirano, que poderia resultar em tiranicídio diante de uma violação ao pacto fundador do poder.

Por outro lado, desobediência civil é um conceito de elaboração anglo-saxônica (GANDHI, 2003; KING JR., 1986; THOREAU, 1968). O comportamento dos indivíduos de violação à lei que ofende moralmente a consciência deles tem o objetivo claro de provocar a aplicação de uma sanção, o que geraria uma reação da opinião pública voltada para a reforma do ordenamento. Nesse caso, no entanto, não há desejo de subverter a ordem em sua totalidade, mas obter a modificação das disposições legislativas que são contrárias às convicções morais que animam os desobedientes.

No entanto, a questão da desobediência civil no direito é tratada por autores modernos sob diferentes óticas.

Maria Garcia teoriza sobre a existência de um direito fundamental à desobediência civil no ordenamento brasileiro e o conceitua como

[...] forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos fundamentais. (GARCIA, 1994, p. 258).

Para a autora, a desobediência civil é uma arma dos indivíduos contra o arbítrio no exercício do poder. Contudo, esse direito não é concebido como uma faculdade natural dos indivíduos (como compreendido por La Boétie), mas como direito fundamental integrante da ordem jurídica. Assim, nos casos em que a lei ou o ato da autoridade atentem contra direitos e liberdades garantidos pela constituição haveria direito de desobediência pelos cidadãos.

Contudo, essa dimensão preconizada pela autora brasileira está fundada na premissa de que o ato resistido atenta contra direitos fundamentais do indivíduo previstos na ordem constitucional. A resistência ao cumprimento do dever, nesse caso, é uma proteção ao indivíduo. Tal solução é controversa, na medida em que reconhece ao indivíduo o direito de não cumprir um dever, previsto em lei e reforçado pela atuação de uma autoridade, com base em uma construção subjetiva de ofensa à ordem constitucional.

Em caminho diferente, partindo da disciplina dos deveres e de sua importância como instrumento de coesão social, é possível defender que somente pode ser resistido o cumprimento dos deveres constitucionais diante de hipóteses de objeção de consciência previstas expressamente na legislação. Nesse contexto, caberia ao legislativo estabelecer expressamente as hipóteses em que pode ser resistido o cumprimento de um dever. Nesse contexto,

[...] l'obiezione di coscienza costituisce una forma di ribellione, uti singulus, ad un precetto validamente posto dal legislatore. Questa natura eversiva, a fronte del comportamento legittimo del decisore politico, ne ha determinato l'affiancamento al diritto di resistenza e alla disobbedienza civile. (GRANDI, 2014, p. 187).¹⁰

A premissa dessa construção é bem menos alinhada com uma ideia de liberdade de resistência preconizada no “Discurso” (LA BOÉTIE, 2017). No entanto, é possível vislumbrar nela uma coerência maior com uma ideia de liberdade que pressupõe a responsabilidade do indivíduo em relação à coletividade. Tomada a lei como expressão do consentimento dos governados, sua disciplina assume a função de delimitar o espaço tanto dos deveres, derivados da eleição de valores a serem protegidos, quanto do direito à proteção de valores individuais que eventualmente afastem, em alguns casos, seu cumprimento. Somente a lei poderia prever as hipóteses em que esses valores individuais possam ser opostos à coletividade por meio da recusa no cumprimento do dever.

Talvez a grande ironia esteja no fato de que essa proposta baseada no dever seja aquela que mais represente a igualdade de todos perante a lei, tomada como manifestação de um poder democrático. La Boétie, talvez, não vislumbrasse na

10 “A oposição de consciência constitui uma forma de rebelião, *ut singulus*, contra uma disposição legal validamente inserida pelo legislador. Esta natureza subversiva, em face da manifestação legítima do decisor político, tem como consequência uma aproximação entre o direito de resistência e a desobediência civil” (tradução nossa).

necessidade de cumprimento de deveres jurídicos previstos em lei uma servidão, dado que estes não seriam fruto da vontade arbitrária do soberano, mas de um processo democrático.

Diferente, porém, seria a questão olhada sob a premissa de um direito fundamental à desobediência civil. Nesse caso, a liberdade de desobedecer a lei poderia ser usada como instrumento de arbítrio e de oposição a uma manifestação democrática.

4 Conclusão

As ideias de Etienne de La Boétie permanecem como um farol para a compreensão da liberdade, em especial, no campo do direito. Buscou-se, neste trabalho, confrontar alguns de seus pensamentos com sumárias considerações sobre o papel dos deveres fundamentais no constitucionalismo moderno.

Um ponto fundamental abordado na tese refere-se ao necessário balanço entre direitos fundamentais e deveres no constitucionalismo moderno. Nesse contexto, os deveres são as contrapartidas necessárias à garantia dos direitos em um sistema constitucional circular e equilibrado.

A estrutura dos deveres constitucionais como contrapartida dos direitos – entre eles a liberdade – coloca em questão o suposto universalismo de uma concepção de direitos humanos que os reconhece como uma prerrogativa autônoma e dissociada de uma contrapartida em relação à comunidade política.

Na tese proposta, os deveres constitucionais não ocupam o lugar de limite à liberdade individual, mas estão na própria origem da liberdade jurídica. Essa liberdade é consequência da integração do indivíduo no corpo social, o que lhe demanda um nível de colaboração.

Dada essa posição de equivalência em relação à liberdade, a resistência ao dever somente pode ser exercida nos estritos limites da lei. Se é bem verdade que não existe autoaplicabilidade de dever constitucional, cuja vinculação depende da existência de lei como manifestação da vontade social, também não há que se falar em desobediência civil ou oposição de consciência fora dos limites da lei.

Embora o desenvolvimento da teoria dos deveres não tenha alcançado La Boétie, é interessante pensar que ao autor teria agradado uma teoria dos deveres constitucionais, como instrumento de integração dos indivíduos iguais em uma sociedade, todos com prerrogativas e sujeições similares, organizados em torno de

um Estado que não busca servos, mas cidadãos que trabalham em conjunto para a perseguição de objetivos comuns.

A servidão como submissão ao dever deixa de ser voluntária por covardia, passando a derivar da consciência de que estar sujeito a prestações que limitam igualmente a liberdade de todos é uma expressão do processo democrático. Nesse momento, não há servos e sim cidadãos, sujeitos a deveres derivados de sua relação de pertencimento a uma comunidade estatal.

5 Referências

ARISTÓTELES. **A política**. Bauru: Edipro, 1995.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Livro primeiro. Brasília: Ícone Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONNEFFON, Paul. Introdução. In: LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Edipro, 2017.

BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**. Paris: L.G.D.J., 1993.

BORGETTO, Michel. Sur le principe constitutionnel de fraternité. **RDLF**, n. 24, 2018. Disponível em: revuedlf.com/droit-constitutionnel/sur-le-principe-constitutionnel-de-fraternite/. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRUTUS, Stephanus Junius. **Vindiciae contra tyrannos**. Genebra: Droz, 1979.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CASALTA NABAIS, José. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres (De Officis)**. Lisboa: Almedina, 2000.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas**. Origine e destino della comunità. Torino: Einaudi, 1998.

FERACINI, Luiz. **Cícero**, o maior filósofo latino da antiguidade. São Paulo: Lafonte, 2011.

GANDHI, Mohamadas Karamchand. **Satyagraha in South-Africa**. Ahmedabad: Navajivan, 2003.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil direito fundamental**. São Paulo: RT, 1994.

GOYARD-FABRE, Simone. Présentation. *In*: LA BOÉTIE, Étienne. **"Discours" de la servitude volontaire**. Paris: GF Flammarion, 1983.

GRANDI, Federica. **Doveri costituzionali e obeizione di coscienza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2014.

GROSSO, Enrico. I doveri costituzionali. *In*: Associazione Italiana del Costituzionalisti. **Lo statuto costituzionale del non cittadino**. Nápoles: Jovene, 2010, p. 229-280.

HOBBS, Thomas. Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England. *In*: HOBBS, Thomas. **The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury**. Londres: Bohn, 1839a, v. 6.

HOBBS, Thomas. Leviathan. *In*: HOBBS, Thomas. **The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury**. Londres: Bohn, 1839b, v. 3.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Nova Iorque: Norton & Company, 1999.

HOTMAN, François. **Franco-gallia**. Traduction française de 1574. Marselha: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Roma: Senato della Repubblica, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 24 fev. 2020.

KARNAL, Leandro. A dor da liberdade e o amor da servidão. *In*: LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Edipro, 2017.

KING JR., Martin Luther. Love, law, and civil disobedience. *In*: WASHINGTON, James. **A testament of hope: the essential writings and speeches of Martin Luther King, Jr.** Nova Iorque: HarperOne, 1986, p. 43-53.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Edipro, 2017.

LEOPARDI, Giacomo. **Pensieri di varia filosofia e di bella letteratura**. Florença: Le Monnier, 1921.

LEVI, Alessandro. **La filosofia politica di Giuseppe Mazzini**. Nápoles: Morano, 1967.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOMBARDI, Giorgio. I doveri costituzionali: alcune osservazioni. *In*: BALDUZZI, L.; CALVINO, M.; GROSSO, E.; LUTHER, J. **I doveri costituzionali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 568-573.

LUCIANI, Massimo. Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico. **Giurisprudenza costituzionale**, n. 51, v. 2, p. 1644-1669, 2006.

LUCIANI, Massimo. Diritti costituzionali e diritti umani. Una difficile sovrapposizione. In: CAPRIOLI S.; TREGGIARI F. (coord.). **Diritti umani e civiltà giuridica**. Perugia: Pliniana, 1992, p. 101-106.

LUCIANI, Massimo. **Lo sguardo profondo. Leopardi, la politica, l'Italia**. Modena: Mucchi, 2017.

MAZZINI, Giuseppe. **Antologia degli scritti politici di Giuseppe Mazzini**. Bolonha: Il mulino, 1961.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORIN, Edgar. **La fraternité pourquoi?** Arles: Actes Sud, 2019.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAINE, Thomas. **Senso comum**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PLATÃO. **A república**. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973. v. 2.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SALUTATI, Coluccio. **Il trattato "De tyranno" et lettere scelte**. Bolonha: F. Ercole, 1942.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 6, p. 541-558, 2005.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros ensaios**. São Paulo: Cultrix, 1968.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia americana**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma teológica: a fé, a esperança, a caridade e a prudência**. São Paulo: Edições Loyola, 2004. v. 5.

TONETI, Edson Donizete. Discurso da servidão voluntária: relação de força e liberdade na obra de La Boétie. **Rev. Filos.**, Aurora, Curitiba, v. 21, n. 28, p. 165-191, jan./jun. 2009.



Normas de submissão de trabalhos à Revista Jurídica da Presidência

Condições para recebimento dos artigos

Ineditismo: a Revista Jurídica da Presidência publica apenas artigos inéditos, que não tenham sido divulgados em outros meios (*blogs, sites* ou outras publicações).

Envio de artigos: somente serão aceitos artigos encaminhados à Coordenação de Editoração da Revista Jurídica da Presidência por meio do sítio eletrônico: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br>.

Número de Palavras: mínimo de 7.000 (sete mil) e máximo de 10.000 (dez mil) no artigo completo, incluindo notas de rodapé e Referências.

Idiomas: os autores podem encaminhar artigos redigidos em Português, Inglês, Francês e Espanhol.

Tipo de arquivo: são admitidos arquivos com extensões .DOC, .DOCX, .RTF e .ODT, observadas as normas de publicação e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.

Requisitos para o(s) autor(es): a Revista Jurídica da Presidência só admite artigos de autores e coautores com, no mínimo, o mestrado em andamento.

Fomento: o autor deve informar à Revista qualquer financiamento, bolsa de pesquisa ou benefícios recebidos, de fonte comercial ou não, declarando não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

Composição e formatação dos artigos

Os artigos devem ser digitados com fonte tipo Arial ou Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas 1,5 e texto justificado. A configuração da página deve ser feita no padrão A4 (210 mm x 297 mm), com margens superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm.

As seções iniciais e finais do artigo devem ser denominadas **Introdução** e **Conclusão**, respectivamente.

Os textos submetidos deverão conter os seguintes itens:

1 Título

Deve conter, no máximo, 15 (quinze) palavras, incluído o subtítulo (quando houver), realçado em negrito. Título e subtítulo do artigo devem ter **apenas** a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório. Exemplo:

A suposta permissão do Código Civil para emissão eletrônica dos títulos de crédito

2 Sumário

Deve ser posicionado logo abaixo do título e reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

3 Resumo

Deve ser um texto conciso (até 150 palavras), redigido em parágrafo único, que ressalte o objetivo e o assunto principal do artigo. A enumeração de tópicos não deve ser usada nesse item. Deve-se, ainda, evitar o uso de símbolos e contrações que não tenham uso corrente e de fórmulas, equações e diagramas.

4 Palavras-chave

Indicar até 5 (cinco) termos que classifiquem o trabalho com precisão adequada para sua indexação, separados por travessão.

5 Referências

A indicação das referências deve obedecer ao disposto na NBR 6023 – Informação e Documentação – Referências – Elaboração/Nov. 2018 da ABNT. Esse item deve conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. A distinção de trabalhos diferentes de mesma autoria será feita levando-se em consideração a ordem cronológica, conforme o ano de publicação.

Os trabalhos de igual autoria e publicados no mesmo ano serão diferenciados acrescentando uma letra ao final do ano (Ex. 2016a, 2016b).

Citações e destaques no texto

As citações realizadas ao longo do texto devem obedecer ao disposto na NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002 da ABNT e adotar o **sistema autor-data**, segundo o qual se emprega o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação da qual se retirou o trecho transcrito.

1 Citação indireta ou direta sem o nome do autor expresso no texto: deve apresentar, entre parênteses, a referência autor-data completa. Exemplo:

A criança passa a ocupar as atenções da família, tornando-se dolorosa a sua perda e, em razão da necessidade de cuidar bem da prole, inviável a grande quantidade de filhos (ARIÈS, 1973, p. 7-8).

Mas esse prestígio contemporâneo do Poder Judiciário decorre menos de uma escolha deliberada do que de uma reação “de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo” (GARAPON, 2001, p. 26).

2 Citação indireta ou direta com o nome do autor expresso no texto: deve apresentar, entre parênteses, o ano e a(s) página(s) da publicação. Exemplo:

Duarte e Pozzolo (2006, p. 25) pontuam que a ideologia constitucionalista adota o modelo axiológico de Constituição como norma, estabelecendo uma defesa radical de interpretação constitucional diferenciada da interpretação da lei.

A Licença Compulsória, segundo Roberta Marques (2013, p. 321), pode ser definida como “a permissão de industrialização e comercialização de um produto patenteado, sem o consentimento do titular do monopólio”.

Citações com até 3 (três) linhas devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce, destacadas por aspas. As citações com mais de 3 (três) linhas devem ser separadas do texto com recuo de parágrafo de 4 (quatro) cm, 11 pontos, espaçamento entre linhas simples e texto justificado, sem o uso de aspas.

Destaques: os destaques existentes na obra original devem ser reproduzidos **de forma idêntica** na citação. Caso não haja destaques no original, mas o autor do artigo deseje ressaltar alguma informação, é possível utilizar-se desse recurso atentando-se às normas especificadas abaixo.

1 Destaques no original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) no original” entre parênteses.

2 Destaques do autor do artigo: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)” entre parênteses.

Outros destaques em trechos do texto devem ocorrer **apenas** no estilo de fonte **itálico e somente** nos seguintes casos: 1) expressões em língua estrangeira; e 2) realce de expressões.

Tradução de citação em língua estrangeira: as citações em língua estrangeira devem ser **sempre** traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa” entre parênteses.

Notas de rodapé: devem conter **apenas** informações complementares e que não podem ser inseridas no texto. Não devem ser muito extensas nem devem conter citações e devem ser formatadas na mesma fonte do artigo, tamanho 10 pontos, espaçamento entre linhas simples e alinhamento justificado.

Elementos com traduções obrigatórias para outros idiomas

Os elementos **Título, Sumário, Resumo e Palavras-chave** devem ser **obrigatoriamente** traduzidos para outros idiomas. Os artigos enviados em Língua Portuguesa devem ter esses itens traduzidos para o Inglês e para mais um idioma, a escolher entre Espanhol e Francês.

Os artigos enviados em Língua Estrangeira devem ter os itens traduzidos para o Português e o Inglês ou, caso esta seja a língua predominante do artigo, para o Francês ou para o Espanhol.

Referências

Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas referências, de acordo com o disposto na NBR 6023 da ABNT. Para auxiliar os autores na composição das referências, estão reproduzidos exemplos abaixo:

1 Livros (manual, guia, catálogo, enciclopédia, dicionário, trabalhos acadêmicos)

Impressos. Exemplos:

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social**: práticas sociais e regulação jurídica. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Eletrônicos. Exemplos:

BAVARESCO, Agemir; BARBOSA, Evandro; ETCHEVERRY, Katia Martin (org.). **Projetos de filosofia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. *E-book* (213 p.). (Coleção Filosofia). ISBN 978-85-397-0073-8. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/projetosdeflosofa.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2011.

GODINHO, Thais. **Vida organizada**: como definir prioridades e transformar seus sonhos em objetivos. São Paulo: Gente, 2014. *E-book*.

2 Coletâneas

Exemplos:

TOVIL, Joel. A lei dos crimes hediondos reformulada: Aspectos processuais penais. *In*: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. *In*: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

3 Periódicos

Impressos. Exemplo:

MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 100, jul./set. 2011, p. 165-192.

PAIVA, Anabela. Trincheira musical: músico dá lições de cidadania em forma de samba para crianças e adolescentes. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro. 12 de janeiro de 2002, p. 2.

Eletrônicos. Exemplo:

COELHO, Fábio Ulhoa. O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 17, n. 112, jun./set. 2015, p. 237-255. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1113/1099>. Acesso em 16 mar. 2016.

4 Atos normativos

Exemplos:

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências. *In*: VADE MECUM. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. 1 CD-ROM, p. 1-90.

5 Projetos de lei

Exemplos:

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 6.793/2006**, versão final. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=382965&filename=PL+6793/2006. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 41/2010**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96674>. Acesso em: 16 mar. 2016.

6 Jurisprudência

Impressa. Exemplos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 333. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, ano 82, n. 32, p. 246, 14 fev. 2007.

Eletrônica. Exemplos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 333**. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i=340#TIT333TEMA0>. Acesso em: 19 ago. 2011.

7 Notícias eletrônicas

Exemplos:

COSTA, Rodolfo. **Ministério da Justiça fortalece consumidor.gov para diminuir conflitos de consumo**. Correio Braziliense, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/consumidor/ministerio-da-justica-fortalece-consumidor-gov-para-diminuir-conflitos-de-consumo/>. Acesso em 16 mar. 2016.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministro aplica nova lei da infância e garante prisão domiciliar a mãe de filho pequeno**. Brasília, 11 mar. 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Ministro-aplica-nova-lei-da-inf%C3%A2ncia-e-garante-pris%C3%A3o-domiciliar-a-m%C3%A3e-de-filho-pequeno. Acesso em: 16 mar. 2016.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista Jurídica da Presidência são submetidos ao crivo da Coordenação de Editoração, que avalia a adequação à linha editorial da Revista e às exigências de submissão. Os artigos que não cumprirem essas regras serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Aprovados nessa primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise dos pareceristas do Corpo de Consultores *ad hoc*, formado por professores doutores das respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto à publicação é da Coordenação de Editoração e do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Presidência.

Direitos autorais

Ao submeterem artigos à Revista Jurídica da Presidência, os autores declaram ser titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos, bem como autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao território, ou quaisquer outras. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma padrão da língua portuguesa e às normas da ABNT.

Considerações finais

Qualquer dúvida a respeito das normas de submissão poderá ser dirimida por meio de mensagem encaminhada ao endereço eletrônico: revista@presidencia.gov.br.



Guidelines for paper submission to the Revista Jurídica da Presidência

Submission preparation checklist

Unpublishment: the *Revista Jurídica da Presidência* only publishes never-before-published papers that have not been shared in other medias (blogs, sites and other publications).

Sending paper: only papers sent to the Editorial Coordination of the *Revista Jurídica da Presidência* through the website [https:// revistajuridica.presidencia.gov.br](https://revistajuridica.presidencia.gov.br) will be accepted.

Number of words: minimum of 7,000 (seven thousand) and maximum of 10,000 (ten thousand) in the whole article, plus footnote and references.

Idioms: authors may send articles written in Portuguese, English, France and Spanish.

File format: only files with extension .DOC, .DOCX, .RTF and .ODT will be accepted, in accordance with the rules for publication and publishing guidelines as established in this document.

Requirement for authors: the *Revista Jurídica da Presidência* only accepts papers by authors and coauthors with at least the master's degree in progress.

Support: the author must inform the *Revista Jurídica da Presidência* of any funding, research scholarship, benefits received from business source or not, by stating that there is no conflict of interest that compromises the work presented.

Paper composition and formatting

The paper must be written in font Arial or Times New Roman, 12-point font size, 1,5 cm line spacing and fully-justified text. The page setting is required to be within the A4 standard (210 mm x 297 mm), with top and left margins in 3 cm and bottom and right margins in 2 cm.

The first and final section of the paper must be named **Introduction** and **Conclusion**, respectively.

The text must consist of the following items:

1 Title

It should be no more than 15 (fifteen) words, including subtitle (if there is one), highlighted in bold. **Only** the first letter of each sentence of the paper title and subtitle must be in capital letter, except if its use is mandatory. Example:

The Civil Code and the moot permission to electronic credit titles emission

2 Contents

It must be placed right below the title and reproduce only the number and name of the main sections that the paper consists of.

3 Abstract

It must be a short summary (up to 150 words) written in one paragraph covering the main purpose and subject of the paper. Topic numbering cannot be used in this item. The use of uncommon symbols, shortening, equation, diagram and formulas must be avoided.

4 Keywords

It must indicate up to 5 (five) terms that classify the work with proper precision for its indexing separated by a dash.

5 References

It must comply with the disposition set under the *ABNT NBR (6023) – Informação e Documentação – Referências Elaboração/Nov. 2018*. This topic must contain all the necessary data to identify the works arranged in alphabetical order. Different works by the same author will be distinguished by taking into account the chronological order, according to the year of publication. Works with the same author and published in the same year will be differentiated by adding a letter at the end of the year (Ex.

2016a, 2016b).

Citing and highlights in the text

The citation written along the text must comply with the disposition set under *ABNT NBR 10520 – Informação e Documentação – Apresentação/Ago. 2002* and adopt the **author-date system**, in which the last name of the author or the name of the institution is used, followed by the date and page(s) of the publication from where the quotation was taken.

1 Indirect or direct citation without the author’s name not being identified in the text, the full author-date reference must be shown between parenthesis. For example:

With regards to the environment, the Court has recognized this right in a reflexive manner in cases involving violations of the rights of vulnerable groups, especially indigenous and ancestral communities (MATOS, 2015, p. 271).

Due to the “unequivocal precision” of the art. 121, the Brazilian Criminal Code easily disentangles the double dilemma. In case of uncertainties surrounding the treatment options available to a terminally ill patient, it suffices for the physician to avoid “killing someone”, adopting every measure to prevent the “temporal anticipation of one’s life span” (BITTENCOURT, 2012, p. 125).

2 Indirect or direct citation with the author’s name being identified in the text, the author and page(s) of the publication must be shown between parenthesis. For example:

Tartuce (2007, p. 248) states that the social function of the contracts is a public order contract rule, which states that the contract must be analyzed and interpreted according to the society’s background.

Citation with up to 3 (three) lines must stay in the body text without spacing or highlight, marked with quotation marks. Citation longer than 3 (three) lines must be detached from the main text with paragraph indenting in 4 (four) cm, 11-point font size, simple spacing between lines and text justified, without using quotation marks.

Highlights: the citation must reproduce the existing highlights **exactly like** in the original work. In case there is no highlight in the original work and the author wishes to

emphasize any information, it is possible to do so by observing the rules set out below:

1 Highlight in the original work: after the quotation is transcribed, the expression “italics in the original” is used.

2 Highlights by the author’s paper: after the quotation is transcribed, the expression “italics ours” is used.

Other highlighted parts along the text must be made **only** through the use of **italics** and are **only** allowed on the following cases: 1) expressions in different languages; 2) for emphasizing an important word.

Translation of citation in a foreign language: citation in a foreign language must **always** be translated into the prevailing language of the paper as footnotes, followed by the term “tradução nossa” in parenthesis.

Footnotes: it must **only** contain complementary information that cannot be inserted into the text. Neither they should be too long nor contain quotations and they must be in the same font as in the paper, 10-point size, simple spacing between lines and fully justified.

Elements with mandatory translation into other languages

The papers must contain **Title, Summary, Abstract** and **Keywords** mandatorily translated into other languages. The papers sent in Portuguese must have translated these items into English and one more language that can be chosen between French and Spanish.

The papers sent in a different language must have translated these items into Portuguese and English or, if the latter is the prevailing language of the paper, then they must be translated into French and Spanish.

References

All documents that were mentioned on the paper must be specified on the references, obeying the *ABNT NBR 6023*. In order to assist the author in writing references, examples are given below:

1 Books (guidebook, guide, catalogue, encyclopedia, dictionary, academic works)

Printed. Example:

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social**: práticas sociais e regulação jurídica. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Online. Example:

BAVARESCO, Agemir; BARBOSA, Evandro; ETCHEVERRY, Katia Martin (org.). **Projetos de filosofia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. *E-book* (213 p.). (Coleção Filósofa). ISBN 978-85-397-0073-8. Available at: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/projetosdeflosofa.pdf>. Accessed on: 21 ago. 2011.

GODINHO, Thais. **Vida organizada**: como definir prioridades e transformar seus sonhos em objetivos. São Paulo: Gente, 2014. *E-book*.

2 Collection

Example:

TOVIL, Joel. A lei dos crimes hediondos reformulada: Aspectos processuais penais. *In*: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AVRITZER, Leonardo. Reforma Política e Participação no Brasil. *In*: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

3 Journals

Printed. Example:

MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 13, n. 100, jul./set. 2011, p. 165-192.

PAIVA, Anabela. Trincheira musical: músico dá lições de cidadania em forma de samba para crianças e adolescentes. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro. 12 de janeiro

de 2002, p. 2.

Online. Example:

COELHO, Fábio Ulhoa. O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 17, n. 112, jun./set. 2015, p. 237-255. Available at: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1113/1099>. Accessed on: 16 mar. 2016.

4 Regulatory Act

For examples:

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Accessed on: 1º jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências. *In*: VADE MECUM. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. 1 CD- ROM, p. 1-90.

5 Bills

For examples:

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 6.793/2006**, versão final. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=382965&filename=PL+6793/2006. Accessed on: 16 mar. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 41/2010**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Available at: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96674>. Accessed on: 16 mar. 2016.

6 Case law

Printed. Example:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 333. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, ano 82, n. 32, p. 246, 14 fev. 2007.

Online. Example:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 333**. Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Available at: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i=340#TIT333TEMA0>. Accessed on: 19 ago. 2011.

7 Online newspapers

Examples:

COSTA, Rodolfo. **Ministério da Justiça fortalece consumidor.gov para diminuir conflitos de consumo**. Correio Braziliense, 12 mar. 2016. Available at: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/consumidor/ministerio-da-justica-fortalece-consumidor-gov-para-diminuir-conflitos-de-consumo/>. Accessed on: 16 mar. 2016.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministro aplica nova lei da infância e garante prisão domiciliar a mãe de filho pequeno**. Brasília, 11 mar. 2016. Available at: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Ministro-aplica-nova-lei-da-inf%C3%A2ncia-e-garante-pris%C3%A3o-domiciliar-a-m%C3%A3e-de-filho-pequeno. Accessed on: 16 mar. 2016.

Evaluation

The received papers by the Presidency of Republic of Brazil Law Journal shall be submitted to the Editorial Coordination, which evaluates its adequacy to the editorial guideline and the submission requirements.

If approved at this first phase, the papers will be sent to the Council of the Consultants for further analyses. The Council is formed by doctorate professors in each thematic field. The final decision regarding the publication belongs to the Editorial Coordination and the Editorial Council of the Presidency of Republic of Brazil Law Journal.

Copyright

When authors submit their papers to the Presidency of Republic of Brazil Law Journal, they claim to be owners of its copyrights, being exclusively responsible for whatsoever copyrights claim, as well they authorize the Journal, without onus, to publish the papers in any media, without any limitations regarding deadline, territory or whatever other kind. The Journal is also authorized to adequate the papers to its publication formats and to suit them to the most correct standard-rules of the chosen prevailing language on the paper.

Final considerations

Any doubts can be forwarded to our electronic address: revista@presidencia.gov.br.