

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 41 | MAIO / AGOSTO 2020



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Romeiro

PRÓ-REITORIA ACADÊMICA DA NEWTON: Patrícia da Silva Klahr

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Glauca Corrêa

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n.41, maio/ago. 2020

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

.David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

.Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba.

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil.

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso | Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetus Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton  
Ariane Lopes

# sumário





## **APRESENTAÇÃO**

*MICHAEL CÉSAR SILVA*.....11-12

## **ARTIGOS**

PAISAJES EXTREMOS Y LEGISLACIÓN APLICABLENO-FAULT DIVORCE LITIGATION  
*JUAN CLAUDIO MOREL*..... 13-38

UNA PROPUESTA MULTIGARANTISTA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA  
DE (MAL)-TRATA DE PERSONAS  
*DAVID SÁNCHEZ RUBIO*.....39-50

O RISCO DA FAUNA AMAZÔNICA BRASILEIRA E A RESPONSABILIDADE CIVIL  
POR ACIDENTES AÉREOS  
*VALMIR CÉSAR POZZETTI | JULIANA DE CARVALHO FONTES |  
ADRIANA CARLA SOUZA CROMWELL*.....51-74

COMPLIANCE AMBIENTAL, ALTERNATIVA DE EXPLORAÇÃO MINERAL EM RESERVAS INDÍGENAS?  
*MAGNO FEDERICI GOMES | ULISSES ESPÁRTACUS DE SOUZA COSTA*..... 75-94

PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E CONFLITOS EM COMÉRCIO INTERNACIONAL:  
EVOLUÇÃO COMPARADA DE MODELOS  
*GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO | RAFAEL CAPUTO BASTOS SERRA*.....95-106

ABORTO: A CONSTRUÇÃO DA PESSOALIDADE DA MULHER NO BRASIL DO SÉCULO XXI  
*BRUNO TORQUATO ZAMPIER LACERDA*..... 108-127

REFLEXÕES SOBRE ALIENAÇÃO FAMILIAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA  
*VITOR ALMEIDA*..... 128-144

CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO NOS 30 ANOS DO CÓDIGO DE  
DEFESA DO CONSUMIDOR: REFLEXÕES À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E PORTUGUESA  
*FELIPE TEIXEIRA NETO | JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR*.....145-171

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA O CONHECIMENTO DA  
REALIDADE DOS FATOS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS  
*ALBINO GABRIEL TURBAY JUNIOR | ANA CLÁUDIA DO NASCIMENTO DE SOUZA |  
THAÍS NAKAOKA BALAN*.....172-191



# apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do *Sistema Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *DOAJ* (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2020 (n.41, maio/ago. 2020).

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**  
Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva

# PAISAJES EXTREMOS Y LEGISLACIÓN APLICABLE

## EXTREME LANDSCAPES AND APPLICABLE LEGISLATION

Juan Claudio Morel<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Denominamos “extremo” a aquel tipo de paisaje que, reconociendo la existencia de elementos bióticos, abióticos y antrópicos, se caracteriza especialmente porque uno de estos elementos predomina en una altísima proporción sobre los otros. Es en este preciso punto que proponemos la expresión de paisajes extremos, a los que están caracterizados por un entorno que hace mucho más difícil las condiciones de la vida en la Tierra para el ser humano, respecto del promedio de los lugares habitables y habitados. En este contexto, solamente tres paisajes extremos nos interesan analizar de una enumeración que naturalmente no pretende ser exhaustiva: alta montaña, desierto y oasis. Todos estos paisajes tienen en común haber merecido atención por parte del Derecho, con diferente intensidad en su regulación y ordenación acorde las necesidades de cada caso, los dos primeros por sus condiciones extremas de vida y el último por constituir una isla de vida rodeada de un mar de adversidad biológica, lo cual lo asocia definitivamente al desierto.

**Palabras clave:** desierto; oasis; alta montaña; paisaje extremo; glaciares; tribunal de aguas de valencia; consejo de hombres buenos de Murcia.

**ABSTRACT:** We denominate “extreme” to that type of landscape that, recognizing the existence of biotic, abiotic and anthropic elements, is especially characterized because one of these elements predominates in a very high proportion over the others. At this point we propose the expression of “extreme landscapes”, which are characterized by an environment that makes life conditions on Earth much more difficult for the human being, with respect to the average of habitable and inhabited places. In this context, only three extreme landscapes we are interested in analyzing from an enumeration that naturally does not pretend to be exhaustive: high mountains, desert and oases. All these landscapes have in common less attention from the Law, with different intensity in their regulation and management according to the needs of each case, high mountains and desert for their extreme living conditions, and oases because it’s an island of life surrounded by a sea of biological adversity, which definitely associates it with the desert.

**Keywords:** desert; oasis; high mountains; extreme landscape; glaciers; valencia water court; council of good men of Murcia.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la UAlicante (España). Master en RRIL por la UNICEN (Argentina). Master en Derecho Ambiental UNIAndalucía (España). Posgraduado por la JICA (Japón) y por la UPEACE (Costa Rica). Profesor Titular de Derecho Ambiental en UNICEN (Tandil/Argentina).

## 1. INTRODUCCIÓN

Falta de equilibrio, es quizás la expresión que mejor define a las tres categorías de paisaje que se estudian en este trabajo, porque alguno de los factores constitutivos domina a los otros, no lo suficiente como para eliminarlos, pero sí como para alterar la sostenibilidad de la vida humana en condiciones naturales no necesariamente tecnificadas. No ha sido una tecnología refinada la que ha mantenido a esquimales y tuaregs en tales inhóspitos lugares de vida que no sólo son extremos por la agudización de las dificultades para la vida sino por la extremidad de sus condiciones: desde la ausencia de calor a la sobreabundancia.

Esa falta de equilibrio natural se ha traducido, paradójicamente en la misma consecuencia para la regulación jurídica que toma al desierto, la alta montaña o el oasis en una atención por parte del Derecho que es esporádica, vacilante y llena de vacíos o lagunas que deben ser cubiertos cuando no por la creatividad del jurista. En ese punto es imprescindible la visión amplia del jus-ambientalista que lleva ventaja al jurista convencional acostumbrado a un derecho que siempre está disponible y de suyo fácil de dilucidar.

De eso tratan las siguientes páginas, de paisajes poco convencionales, que pasarían desapercibidos si no fuera por la mirada del experto o del economista si el mismo encierra riqueza no convencional, antes que la belleza contemplativa. Por esa razón el análisis jurídico que ofrecemos es poco común, es desequilibrado en sus alcances normativos y es histórico en su propuesta de solución de conflictos. Es lo más parecido a una integración normativa posible en diferentes lugares de la Tierra, justamente porque esa es la primera impresión que devuelve la geografía y quizás por eso el Derecho no tiene tanta inclinación a caracterizar estos lugares.

## 2. DESIERTO

No imaginamos a un lugar definido por la nada como integrante de nuestro género, sin embargo, hay belleza en la “aparente” nada que es apreciada como paisaje.

La primera imagen que viene a nuestra memoria cuando escuchamos esta palabra es la de un sitio... “*despoblado, solo, inhabitado*”<sup>2</sup>... como la Antártida o la Tundra rusa con escasa presencia humana y la hibernación de animales adaptados por la naturaleza en millones de años para la vida en el lugar. También es dable concebir al desierto como... “*territorio arenoso o pedregoso, que por falta casi total de lluvias carece de vegetación o la tiene muy escasa*”<sup>3</sup>... En este último caso, estamos frente a la idea que tiene alguien que habla en español de lo que un desierto es, y por lo tanto, surge en ambos casos la idea de “paisaje extremo” porque esa naturaleza inhóspita dificulta la instalación de relaciones culturales con el mismo, y de alguna manera explica la escasa presencia de actividades humanas que dejen su huella.

Para los geógrafos, se trata de una superficie terrestre, deshabitada o casi totalmente, con precipitaciones bajas que no superan una media de 200 milímetros. Como ecosistema, recibiendo pocas precipitaciones tiene pocas manifestaciones de vida animal, aunque varía

---

2 DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Del lat. *desertus*). 1. adj. Despoblado, solo, inhabitado. 2. adj. Dicho de una subasta, de un concurso o de un certamen: Que no ha tenido adjudicatario o ganador. 3. m. Lugar despoblado. 4. m. Territorio arenoso o pedregoso, que por la falta casi total de lluvias carece de vegetación o la tiene muy escasa. Asequible en el link:

[http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=desierto](http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=desierto)

3 IBÍDEM, 4ª acepción, en la que se advierte un paso más en la precisión del concepto, refiriendo en este caso a los lugares que quienes acucian el idioma español conocen para identificarlo con palabras.

esta apreciación acorde al tipo de desierto que se trate. En algunos casos, la vegetación se adapta a la poca humedad y la vida animal tiene actividad sólo durante el día administrando mejor no sólo sus energías sino también la humedad. Paradójicamente, los diferentes tipos de desierto constituyen una tercera parte del suelo del Planeta<sup>4</sup> y pueden ofrecernos paisajes de belleza singular.

## **2.1. Desierto y naturaleza, características generales de este paisaje**

Estos paisajes, normalmente comparten algunas notas, tales como la ausencia de vegetación, escasa presencia de fauna, arena, dunas que manifiestan procesos eólicos que algo tienen que decir en la formación y caracterización de estos grandes escenarios. Muchos de ellos se explican por su carácter mediterráneo que los ubica lejos del mar y la falta del carácter bondadoso de sus vientos húmedos. Esto último no lleva a concluir que solamente el carácter árido tipifica a un desierto, porque los dos polos reciben precipitaciones anuales comparables a algunas zonas desérticas, pero nuestra cultura las percibe como desiertos. En consecuencia, para la aridez es preciso un bajo nivel de precipitaciones, pero completado con un fenómeno denominado *evapo-transpiración*, definida como mixtura de: pérdida de humedad por evaporación de agua del suelo y, disminución de agua como vapor, a través de los procesos vitales de los vegetales.

El potencial de evapotranspiración es, por lo tanto, la cantidad de agua que se evapora en una región dada. Un paradigma de este proceso es el que se da en Tucson, en los Estados Unidos, con precipitaciones aproximadamente por 300 mm anuales, pero pierde por evapotranspiración 2.500 mm en el mismo período. En el Polo Norte, existen tasas sustancialmente menores por eso es que, aun recibiendo precipitaciones inferiores a 200 mm anuales distan mucho de la definición básica de un desierto: un lugar donde la evaporación supera el total de la precipitación pluviométrica.

Esto es lo que explica que existan distintos tipos de desiertos, los fríos pueden estar cubiertos de nieve, reciben pocas precipitaciones que terminan congeladas quedando como hielo o nieve casi sólida. Éstas son las notas de la Tundra que presenta además temperaturas inferiores a cero grado, con escasa vegetación creciendo en verano porque la congelación del resto del año impide la vida y la presencia de las diferentes formas que la vegetación ofrece a la fisonomía del paisaje y a la vida.

Ahora bien, toda esta descripción no debe llevar a la conclusión de un carácter irreversible para todos los desiertos. Hay autores que postulan su reversibilidad<sup>5</sup>, apoyados en casos reales tales como el “Campo de Dalías”, a la disposición de la economía y de la técnica en poco tiempo ofrece contaminación visual por los invernaderos que ahora anida. En esta idea, es posible que un ecosistema en proceso de desertificación reciba una carga antrópica que supere sus límites...”*si se llega al final del proceso, el ecosistema deja de funcionar para aquello que de él se pretendía obtener. Esto no significa que esté muerto o perdido, sino que espera que se le pidan objetivos menos exigentes para poder funcionar a un nivel más bajo, que se le dediquen especiales atenciones, que incluso pueden llevarle a un*

---

4 Desiertos cálidos como: Victoria (Australia), Sáhara, Kalahari, Namib, Ogaden, (Africa), Gobi Kara Kum, Takla Makán, Rub al Jalí, (Asia), Sonora, Mojave, Atacama, Sechura (América), entre otros.

5 AGUILÓ BONNIN, Josep. Erosión y Desertificación. *Ciudad y Territorio*, Volumen III, nº 105, otoño de 1995. Ed Ministerio de Obras Públicas Transporte y Medio Ambiente, 1995, p.616.



*nivel más alto*"<sup>6</sup>... que es el caso del Valle de Delía. Por ello una amenaza de desertificación puede tener solución, pero requiere mucha inversión para recuperarla con tiempo, o su abandono para que la naturaleza haga su trabajo, los que no siempre coinciden con los tiempos de los procesos económicos nacionales y menos con los de las fortunas personales.

## 2.2. Desierto y cultura

Nuestra cultura, reconoce la noción "desierto" desde los primeros tiempos, tanto como dedicamos alguna página a expresiones tales como "paraíso terrenal", o "jardín" que presentan el correlato del desierto desde el punto de vista geográfico, este contrapunto es operativo para explicar nociones religiosas y morales por quienes escribieron en la Biblia. Es reiterado apreciar que tanto el jardín está reservado al hombre que adora a Dios, su pérdida conlleva para el hombre el conocimiento de un lugar que observa carencias en todo lo que abunda el anterior. Uno es signo de vida y encuentro con Dios, el otro de muerte y encuentro con la maldad representada por el Demonio.

*La aparición de la palabra "desierto" en el Viejo y Antiguo Testamento es tan reiterada y utilizada que sólo nos ocuparemos de unos pocos ejemplos para testimoniar y respaldar esta afirmación que impulsa ubicuidad cultural a la expresión "desierto".- Solamente en la partida del pueblo Judío desde Egipto, cuenta Abraham que..."entonces nos volvimos y partimos hacia el desierto, rumbo al mar Rojo, como Jehová me había dicho; y rodeamos por muchos días la región montañosa de Seír..."hasta Jesús cuando es tentado..." Jesús lleno del Espíritu Santo, volvió de las orillas del Jordán y se dejó guiar por el Espíritu Santo a través del desierto, donde estuvo cuarenta días y fue tentado"*<sup>7</sup>...

También aparece este paisaje en San Lucas (42.4,42), cuando describe a Jesús, recorriendo..."Galilea predicando, siendo ya de día, salió y se fue a un lugar *desierto*, y las multitudes le buscaban. Acudieron a él y le detenían para que no se apartara de ellos. Pero él les dijo: "*Me es necesario anunciar el evangelio del reino de Dios a otras ciudades también, porque para esto he sido enviado.*" E iba predicando por las sinagogas de Galilea" ...o cuando describe el famoso pasaje de la multiplicación de los peces en donde se muestra uno de los milagros cargado de mayor simbolismo de todos los que hizo Jesús porque lo hablaba a quienes venían del desierto y nada tenían para comer, debían saciar también su hambre real ..." *Él les dijo: —Dadles vosotros de comer. Pero ellos dijeron: —No tenemos más que cinco panes y dos pescados, a no ser que vayamos nosotros y compremos comida para todo este pueblo. Porque eran como cinco mil hombres. Entonces dijo a sus discípulos: —Haced que se sienten en grupos de unos cincuenta cada uno. Y así lo hicieron, haciendo que todos se sentaran*". O la parábola de la oveja perdida, una que ha sido una fuerte inspiración para la educación de los jóvenes en toda la cultura occidental y que sin duda la trasciende ..." ¿quien, de vosotros, si tiene cien ovejas, y pierde una de ellas, no deja las noventa y nueve en el desierto y va tras la que se ha perdido, hasta hallarla? *Y al hallarla, la pone sobre sus hombros gozoso, y cuando llega a casa reúne a sus amigos y vecinos, y les dice: "Gozaos conmigo, porque he hallado mi oveja que se había perdido*". Finalmente es ilustrativo destacar a Juan el Bautista, uno que predicaba en el Desierto..." ¿Qué dices en cuanto a ti mismo? Dijo: —Yo soy la voz de uno que proclama en el *desierto: "Enderezad el camino del Señor" como dijo el*

---

6 AGUILÓ BONNIN, Josep. Erosión y Desertificación. *Ciudad y Territorio*, Volumen III, nº 105, otoño de 1995. Ed Ministerio de Obras Públicas Transporte y Medio Ambiente, 1995, p.617.

7 DEUTERONOMIO 5.2,1.



*profeta Isaías. Y los que habían sido enviados eran de los fariseos. Le preguntaron y le dijeron: —¿Entonces, por qué bautizas, si tú no eres el Cristo, ni Elías, ni el profeta? Juan les respondió diciendo: —Yo bautizo en agua, pero pronto vendrá uno que bautizará con el Espíritu Santo” ...*

Se, ve entre estos pocos ejemplos de decenas o más de un centenar que nos muestra la Biblia, que justamente tienen escena en un desierto. Interpretando la importancia de este libro en nuestra civilización puede deducirse fácilmente la profunda carga emocional que representa este determinado tipo de paisaje en nuestra vida común por la pluralidad de mensajes que envía a nuestra vida diaria. En determinados pasajes de la Biblia, el desierto es un lugar de castigo y en otros puede resultar un lugar de adversidad a vencer, brindando la idea de que toda prueba puede ser vencida por un espíritu fuerte, con fe. Por esta razón ha sido un tema recurrente en el arte religioso, según hemos destacado.

### **2.3. La desertificación. Conferencia de Nairobi.**

Hoy día, se agregan a estas razones, otras de tipo práctico porque avanzar sobre el desierto implica productividad alimenticia en un mundo que día a día incrementa la capacidad de carga sobre el mismo. Más habitantes requieren más alimentos y el desierto se presenta como una barrera a doblegar en este principal cometido humano, porque el desierto no sólo sigue presente en determinados parajes, sino que además avanza sobre algunas áreas fértiles. Fuera de las razones que no es el caso estudiar en este punto, es preciso destacar someramente que es un tema que merece la preocupación de la Organización de las Naciones Unidas, quien ya en 1977 celebró en Nairobi la “*Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desertificación*” que justamente es donde nace este neologismo: “desertificación” como un objetivo para conjurar sus efectos. Se elaboró un documento de 73 páginas que incluía 20 recomendaciones con una propuesta de aplicar 6 proyectos internacionales con afectación a 29 naciones consistiendo en la creación de zonas verdes en determinados lugares del Sahara, la utilización de recursos acuíferos en el Nordeste del africano y la Península Arábiga, racionalización de la explotación pecuaria y pastos en la región sudano-saheliana, control de proceso de desertificación en el Sur de la Argentina y Sud-Este asiático, todo ello con un costo de doscientos mil millones de dólares. Naturalmente estos fondos no estuvieron disponibles.

En 1994 las Naciones Unidas proclamaron el día 17 de junio como el día mundial de la lucha contra la desertificación y la sequía en conmemoración de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación el 17 de junio de 1994 que es el primer y único marco legalmente vinculante a escala internacional que ha sido creado para hacer frente al problema de la desertificación. La Convención se fundamenta en los principios de participación, colaboración y descentralización, y ha sido suscrito por 192 países en un extenso y minucioso articulado no solo definen 17 nuevos términos sino que establecen objetivos que desde el punto de vista de su redacción son claros, tales como los dispuestos en el artículo 2º... “*El objetivo de la presente Convención es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles, apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales, en el marco de un enfoque integrado acorde con el Programa 21, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas*”... Se establecen principios magros en inserción jus-ambiental y quizás un tanto reiterativos y presentes en todo crédito internacional como condición de su otorgamiento, tales como los que surgen del artículo 3º: la participación de la población y de las comunidades locales, solidaridad y asociación y la cooperación

y la coordinación a nivel subregional, regional e internacional, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de los países en desarrollo afectados.- El anexo III está dedicado a Sud América y el IV y V se refieren a Europa.

También existen iniciativas individuales a nivel Estado-Nación, por ejemplo, la reforestación progresiva del área afectada, escogiendo diferentes especies, según el caso, ganando terreno sobre las áreas afectadas y ganando también en humedad con la acumulación de hojas que con el correr de los años forman un nuevo limen sobre la superficie ganada. En la Argentina hay un caso paradigmático con el Municipio de Villa Gesell en la Provincia de Buenos Aires, sobre el Atlántico, iniciado individualmente por un pionero alemán que ha cambiado el paisaje en un grado tal que de una zona similar al Sahara se ha convertido en una extraordinaria zona turística cuyo sello son los pinares y el mar en una labor iniciada por el hombre en los 30' del Siglo pasado y continuada por la Naturaleza que ha respondido a los estímulos avanzando sobre los médanos de manera ineludible hasta nuestros días.- Otros proyectos conocidos son los del científico israelí León Brening denominado "proyecto lluvia" (hbr: Geshem) que busca crear lluvia por medio de la acción humana, otros que exceden el marco de esta introducción.

### 3. OASIS

Uno de los paisajes que podemos hallar en un desierto es el *oasis*<sup>8</sup>, tienen una importancia tal que ameritan su consideración, importan el verdadero quiebre de la desolación, de la nada que importa en el camino de la vida humana el desierto. Es el agua y la comida en medio de un lugar que se caracteriza por la falta de elementos vitales para el hombre. En estos lugares excepcionalmente se detectan pequeños asentamientos habitados, como los del paradigmático Sahara. La fertilidad de estos lugares suele dar la posibilidad de dar cultivos a sus habitantes para abastecer a viajeros y aún hoy a las caravanas.

Los oasis más conocidos de la antigüedad, que forjaron su nombre son los del antiguo Egipto. Operaban como sitios de provisiones y solaz para las grandes caravanas de beduinos comerciantes del interior de África, que conocían tres oasis principales: "El Rhargeh" ("El grande), "El Bahryeh" ("El Pequeño") y el de Siwa (Amón). Pero había muchos más que estos que estaban en las rutas de los viajeros.

La función del oasis - *como paisaje de vida insertado en la hostilidad del desierto* - para el desarrollo de la vida humana, ha sido *pêndant* para expandir a la humanidad por una de las franjas más hostiles a ella: la franja desértica que va desde la Mongolia, pasando por la antigua Persia y Babilonia hasta Norte africano y la Hispania mediterránea. En este curso, hay hombres que han pasado por este camino para formar otras culturas en las tierras en las que se instalaron. También hay masas humanas que aprendiendo del Desierto viven en él, de manera nómada generando una verdadera cultura, diferencial, que sólo puede tener realidad en éste hábitat, ligado a instantes de vida perdidos entre la nada: los oasis: lugares para el descanso y la carga de energías en miras a otra larga y difícil travesía asociadas al comercio y la aventura. No es casual que los oasis, invariablemente estuvieran situados como postas de las rutas comerciales, fueran lugares de paso obligado por las caravanas y sede de fructíferas relaciones comerciales y descanso de la riqueza que generaron el nacimiento de

---

<sup>8</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, XXII Edición, la palabra oasis proviene del griego ὄασις *oasis*, tomado del egipcio *uḥ3t*, en demótico *uḥi* y en copto *uaḥe*. Con dos acepciones que nos interesan: 1. m. Sitio con vegetación y a veces con manantiales, que se encuentra aislado en los desiertos arenosos de África y Asia. 2. m. Tregua, descanso, refugio en las penalidades o contratiempos de la vida.

ciudades prósperas como Walata y Gadames en las actuales Libia y Mauritania en donde la existencia de agua es lo que marca la diferencia entre desierto y oasis porque es la definición equidistante entre vida sedentaria y nómada, entre la agricultura, riego, trabajo y acopio de alimentos con el andar eterno, cíclico y sin patria.

Entre todas estas ciudades nacidas a la frescura de los oasis, hay una que nos interesa señalar por su vigencia en la actualidad y por su carácter vecino a Alicante: Elche o Elx en idioma valenciano, ambas insertadas en las rutas de las caravanas comerciales de la antigüedad. Ésta última ha sido inscrita en los registros de la UNESCO en la Lista de Patrimonio Mundial Natural y Cultural poniendo relieve a la importancia histórica y natural de este Palmeral que se remonta a los tiempos de *Al Andalus*, cuando todavía el Cid no había luchado en Valencia, ni inspirado al poeta, ni los Reyes Católicos habían iniciado la unidad que ha llegado a nuestros días con el nombre de España.

### **3.1. Legislación de España**

Pese a la importancia de los oasis en ciertas regiones de España, con suelos áridos, no hay una regulación estatal sobre la materia, para su ordenación y protección. Lo propio con la legislación autonómica, que no incluye en su legislación sectorial disposiciones tutelares sobre el tema. Como excepción algunos municipios caso de Elche tienen disposiciones alusivas. No obstante, la historia del Derecho español nos ha hecho llegar a nuestros días dos ejemplos testimoniales que son guía de la humanidad en uno de los aspectos centrales de los oasis que es la regulación sobre el bien escaso más importante de un oasis: el agua.

Con esta idea, exponemos sucintamente dos ejemplos de protección de un oasis a través de su savia principal<sup>9</sup> que son los más famosos. La aridez del lugar y la existencia del riego por medio de un río dan el contexto de protección con un marco de avanzada para la época y con la aplicación del sentido común en una dirección que es atemporal para la solución de los conflictos humanos que pueden poner en peligro el paisaje y el ambiente, agotando el recurso hasta volverlo desierto.

#### *3.1.1. El Tribunal de Aguas de Valencia.*

##### *3.1.1.1. Antecedentes.*

Lo importante del oasis de Elche es la transferencia cultural que llega a Occidente por intermedio de los pueblos árabes antecesores, y por la expansión que hacen de esta cultura los españoles colonizadores de la América, al haber encontrado desiertos y oasis en ella hace 500 años. Una transferencia que incluye definitivamente una cultura sobre el agua y la administración de un recurso escaso como lo es el ejemplo del Tribunal de aguas de Valencia, que en ocasión del desarrollo de una de las asignaturas para aprobar seminarios de doctorado con la tutela del Dr. Germán Valencia Martín, la cohorte 2004 -a la cual pertenece este presentante- tuvo la ocasión de presenciar una de sus sesiones.

El Tribunal de las Aguas de Valencia, es un órgano jurisdiccional, con sede en Valencia, con amplia competencia para juzgar y hacer cumplir lo juzgado en todos los conflictos que se produzcan entre las Comunidades de Regantes de las diferentes acequias de la huerta

---

<sup>9</sup> Dejamos otros ejemplos fuera del estudio como el Juez de Aguas de Orihuela, que se rige por las ordenanzas aprobadas por la Reina Regente, María Cristina de Borbón por Real Orden de 31 de agosto de 1836, que sustituyen las anteriores aprobadas por Felipe IV por Real Cédula de 24 de febrero de 1625, redactadas por el visitador Jerónimo Mingot.

de Valencia, entre estas y los regantes y cualquier otro usuario del agua, y, en general, para conocer sobre cualquier litigio derivado de la utilización del agua.

El Rey Jaime I de Aragón en los Privilegios de 1239 y 1250 da a los acequeros de la vega de Valencia prerrogativas que constituyen la primera fuente de Derecho del Tribunal, que ratifica la conformidad de la nueva Corona cristiana con el sistema de regadío que venía de la época musulmana y las formas jurídicas pensadas para los eventuales conflictos que dieron origen al Tribunal. Las primeras referencias aparecen en el Califato de Córdoba, con los gobiernos de Abderraman II y Al-Hakem II, con dos costumbres que llegan hasta hoy día. La primera de ellas se relaciona con la característica tan singular que tiene el lugar de sesión del Tribunal: la puerta de la Catedral, otrora mezquita, lo cual se explica porque los infieles no podían ingresar a la Iglesia y como los hortelanos seguían siendo musulmanes el Tribunal comenzó a sesionar en la puerta de la Iglesia.

La segunda tiene vinculación con el día de funcionamiento del Tribunal que es solamente por los jueves que corresponde al sábado del calendario musulmán y comenzando exactamente al mediodía teniendo en cuenta que cuando el sol está en su cénit es el momento de cambio de día para los musulmanes. Antiguamente el Presidente del Tribunal concedía la palabra señalando con su pie izquierdo, como en la actualidad lo hacen los doctores de la ley musulmana.

Desde tiempos del Cid, este Tribunal ha “dado a cada uno lo suyo” ininterrumpidamente, pese a las presiones para traspasar competencias a otros organismos del Estado, por apreciar su funcionamiento como excepcional violando el principio de las constituciones liberales de Juez Natural. No obstante, la confianza que los hortelanos han mantenido en su Tribunal y la seguridad jurídica que inspiran sus decisiones, ha hecho que el tiempo simule no haber pasado y mantenga en la actualidad sus privilegios, jurisdicción y por supuesto su competencia en materia de aguas gozando de una autoridad moral y jurídica de esas que solo otorga el silencio de una sentencia justa, concebida como último ladrillo de una forma de administrar justicia informada por el proceso judicial de hoy: con audiencia, bilateralidad, contradicción, oralidad y publicidad.

### *3.1.1.2. Orden público español*

Pese al carácter peculiar de un Tribunal, es importante destacar su inordinación al Orden Público español a través de sus fuentes:

1. Art. 125 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, en el que se establece que los ciudadanos participaran en la Administración de Justicia en Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

2. Art. 38 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que establece que a la “Generalitat Valenciana” corresponde coadyuvar en la organización del Tribunal de las Aguas de Valencia.

3. Art. 19.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde, expresamente, se menciona el Tribunal dándole el carácter de tradicional y poniéndolo a la misma altura del resto de los tribunales en dicha ley regulados.

4. Decreto de 5 de Abril de 1.932 (II República Española), por el cual se confirman los privilegios y autonomía de jurisdicción del Tribunal de las Aguas de Valencia, decreto que ha sido declarado vigente por numerosas sentencias de la Audiencia de Valencia.

5. Privilegios a que se refiere el Decreto de 5 de abril de 1932, dictados por Don Jaime I, en diciembre de 1239 por el que donaba a sus habitantes todas las acequias de la huerta -excepto una, la de Montcada, que se la reservaba para él. Y Privilegio de 13 de febrero

de 1250 por el que el mismo rey concedía a los directores de las acequias, entre otras, las facultades de imponer y ejecutar las penas.

6. Las fuentes de Derecho más eficaces y usuales por y ante el Tribunal son las Ordenanzas de las Comunidades de Regantes, escritas en castellano y valenciano otras, con unos trescientos años desde su sanción sin que fueran modificadas conteniendo normas de derecho fonal tanto como procesal tales como jurisdicción y competencia, capacidad para denunciar y ser denunciado, legitimación, renuncia, desistimientos, etc. y sobre todo, la obligación que tienen sus respectivos síndicos de asistir todos los jueves del año a la lonja de los *Apóstoles de la Plaza de la Seo* para formar el Tribunal de la Aguas.

### 3.1.1.3. *Funcionamiento del Tribunal*

Este Tribunal administra justicia en un verdadero sistema de riego, que como tal requiere de agua para el desarrollo de la actividad de horticultor. El riego considerado se efectúa a partir del Río Turia, del cual nacen ocho acequias-madre: Quart, Benacher-Faitanar, Mislata, Favara y Rovella, a la derecha, y Tormos, Mestalla y Rascaña, a la izquierda. Es importante destacar que referimos a acequias denominadas “madre” porque con otras más pequeñas forman lo que se denomina “Comunidad de Regantes”, y sus integrantes son propietarios de esta agua que corre por la acequia que obedecen leyes cuyo cumplimiento estricto depende de una Junta Administradora que se renueva cada dos o tres años. El jefe de ésta o Síndico es elegido por los miembros de la comunidad. Tiene que ser horticultor de sus tierras, cuya extensión debe ser suficiente para poder vivir de ellas, y con fama de “hombre honrado” que es todo lo que se precisa para el desempeño del cargo que importa asumir el poder ejecutivo de la acequia y, por ende, el carácter de miembro del Tribunal. Los demás miembros de la Junta de Gobierno de la acequia, Vocales Electos, todos horticultores, también son votados por los regantes de los tramos diferentes que tiene cada acequia. El monopolio de la fuerza es ejercido por funcionarios denominados “Guardas”, que asumen la tarea de vigilar y hacer cumplir el efectivo cumplimiento de turnos y tandas de riego e informar los incumplimientos a estos detalles.

Antiguamente, no había embalse sobre el Río Turia y la solución para evitar que en momentos de sequía el primero en la lista se quedara con el agua de los demás hortelanos de aguas abajo, era repartir el agua equitativamente utilizando las denominadas “filas”. Ésta voz árabe (*fil - lah*) que significa parte de un todo era el indicador para que el agua se reparta en 138 partes iguales o filas para cada acequia. Cuando el cauce del río es caudaloso se dice que las filas son gruesas y si el cauce es más reducido se dice que las filas son delgadas.

Los actores en la Jurisdicción del Tribunal de Aguas<sup>10</sup> son personas de existencia física y jurídica, funcionarios de cada Comunidad de Regantes con sus Síndicos, los hortelanos, arrendatarios, medieros y concesionarios industriales del agua por la erección de edificios en terrenos de las Comunidades de Regantes. Como todo Tribunal, tiene un doble funcionamiento, el judicial propiamente dicho y el Administrativo con la misma integración personal en una etapa y otra, excepto el Secretario y el Abogado que llamativamente no actúan en lo judicial salvo que lo hagan como representantes de personas jurídicas, porque representación de personas físicas solo de admite excepcionalmente. El Tribunal propiamente dicho tiene una integración de ocho jueces designados por cada una de las ocho acequias (Comunidades de Regantes)<sup>11</sup> por lo que también son Síndicos,

---

10 GINER BORA, Vicente. *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Valencia: Generalitat Valenciana, 1995, p.76.

11 De la orilla izquierda del viejo cauce del río Turia, Rascaña, Mestalla y Tormos; de la orilla derecha, Rovella, Favara, Quart, Benacher y Eaitanar y Mislata (fueron siete hasta que la acequia de Benage - Faitanar se desgajó de la de Quart).



por esa razón cuando actúan en el Tribunal lo hacen como jueces y cuando actúan administrativamente lo hacen como Síndicos de las respectivas acequias. Este cargo es remunerado simbólicamente, y es el propio Tribunal el que elige y remueve su Presidente y a los Auxiliares y subalternos como “los Guardas” de las Acequias por su relevante papel en el proceso que pueden iniciar con simple denuncia dirigida al Síndico de la acequia objeto quien realizará una breve instrucción y en el momento del juicio representa un papel muy semejante al del Ministerio Público en un proceso penal. Si la infracción ha producido un daño a una Comunidad se eleva la denuncia ante el Tribunal oralmente y su palabra hace plena fe y por lo tanto no tienen que ser probados sus dichos. Tiene derecho a sueldo que pagan las Comunidades y a una participación en las multas. Los “veedores”, nombrados también por las Comunidades, son inspectores de la distribución de las aguas, así como de la conservación de las obras. En el proceso tiene un papel de especial interés porque son los peritos encargados de las visuras o reconocimiento ocular para valorar el daño y los perjuicios causados. Estas “visuras” se practican en el corto periodo instructorio, y liquidan las sentencias. Los “atandadores” son los encargados de la distribución normal de las aguas entre los comuneros y concesionarios; el “atandarse” o “pedir tandeo” significa pedir al “atandador” una hora determinada para proceder al riego; una vez acordado, nadie en aquel brazal de la acequia puede tomar aguas más que el “atandado”, Son nombrados por las Comunidades y reciben de ellos sus honorarios.

El Tribunal designa a un “alguacil” que obedece y ejecuta órdenes del Presidente, y abre la sesión de los jueves llamando a viva voz a los denunciados por orden de acequias. Este alguacil oficia de notificador cuando fracasan las dos primeras citaciones efectuadas por los Guardas apercibiendo de sesionar en rebeldía del renuente.

El Secretario del Tribunal que no presencia el Juicio es quien protocoliza las sentencias motivadas sucintamente con datos generales de los hechos, datos del pleito y la decisión. El Agente Ejecutivo del Tribunal es un funcionario y solo interviene cuando las sentencias no se cumplen voluntariamente y hay que iniciar la “vía de apremio. El Abogado-Asesor del Tribunal no asiste a los juicios y su labor es puramente administrativa. Las denuncias versan sobre hurtos de agua en tiempos de escasez (fuera de toda connotación correccional o criminal); rotura de canales, alteración de turnos de regadío, falta de mantenimiento o suciedad en acequias que demora el escurrimiento de las aguas, regar sin turno, etc..., pudiendo ser sometidos a proceso empleados, síndicos y hasta cualquier persona ajena a este subsistema si lo ha dañado.

Ante incomparecencia, se les juzga en ausencia y eventualmente se los querrela civilmente utilizando como instrumento público que genera título ejecutivo la sentencia del Tribunal de las Aguas.<sup>12</sup>

### *3.1.2. El consejo de Hombres Buenos de Murcia*

#### *3.1.2.1. Antecedentes*

En esta misma historia de gestión de recursos hídricos sería injusto obviar una mención al “Consejo de Hombres Buenos de Murcia” que tuvo origen en la misma época y en similares circunstancias para regular el riego de la Huerta de Murcia que ocupa hoy los términos municipales de esa ciudad y de Beniel, Alcantarilla y Satomera en una franja de unos 25 kilómetros de largo por aproximadamente unos 8 Km. de ancho.- El

---

12 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1972, p.27.

riego aprovechando el cauce del Río Segura hizo que los emprendedores de todo tiempo generasen un verdadero oasis en donde la agricultura, y la generación de energía no estuvo ausente prosperando y modificando el paisaje de la región y generando una abundancia de recursos que rápidamente trajo como consecuencias colaterales conflictos entre los usuarios que competían por un bien escaso como el agua e hizo surgir un Consejo de Hombres Buenos que repartió equitativamente y satisfaciendo justamente las distintas posiciones asumidas por cada parte en pugna utilizando un Derecho Consuetudinario elaborado en la etapa musulmana por personas honestas y conocedoras de la materia por pertenecer a la estructura del saber en conflicto, y respetadas en la comunidad. Llegado el cristianismo tras la conquista de Alfonso X en 1245, estas normas se escribirían y actualizarían a la nueva mentalidad que ahora gobernaba, pero siempre teniendo en mente una justa distribución del recurso con instancia final imparcial que reduciría las disputas a una faz de monopolización de la fuerza en aras de la comunidad antes que en el interés egoísta.<sup>13</sup>

### 3.1.2.2. Orden público español y jurisprudencia

La Materia Legis de la normativa de Murcia versaba sobre el sistema de riego, el mantenimiento de la infraestructura: canales, acequias, compuertas, y la justa distribución del fluido que corría por las mismas con intervención de los denominados “alcaldes de las aguas” también denominados como “Prefectos de la nona que evidenciaban el interés de aquel Estado medieval en la cuestión dado que alrededor del agua gira el desarrollo de cualquier civilización, y desde luego la murciana no era la excepción. No fue extraño que desde entonces se fuera consolidando una serie de regulaciones efectuadas por las Instituciones locales conformando un verdadero Derecho Agrario conformado por los hortelanos que regaban sus tierras, instituciones intermedias (Junta de Hortelanos o Junta Conservadora) y el Rey que más tarde el Ayuntamiento de Murcia termina por conformar en 1849 las Ordenanzas de la Huerta. Este códex que compilara el derecho consuetudinario local modificó la Junta Conservadora y le dio el nombre de “*Consejo de Hombres Buenos*”, con lo que se volvía a la denominación que había tenido la institución en la época musulmana, pero tardó en ser aplicado por falta de consenso hasta que en el último tercio de siglo es complementada con Ordenanzas comunales y así se termina de dar fisonomía a la legislación rural de la región de Murcia siendo aplicables recién hacia 1890.<sup>14</sup> Debiendo destacarse que si bien existe una confusa cohabitación de Ordenanzas locales con una norma de la dimensión de una Orden Real las Instituciones funcionaron para darle a cada uno lo suyo. Actualmente las Ordenanzas de 1849 siguen vigentes aunque con algunas modificaciones para adaptarlas a la Ley 29/1985 de Aguas y el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura el 1 de febrero de 1991 aprobó la conciliación de la vieja legislación como las Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia a la ley de 1985, y el 23 de marzo de 1992, se aprobaba el reglamento presentado por la Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, por el que se respetaban los usos y costumbres centenarios, en materia de regadío, de la huerta de Murcia y el “Consejo de Hombres Buenos” como Tribunal Consuetudinario en la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo se modifica el Reglamento del Consejo de Hombres

---

13 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1972, p.39.

14 DIAZ CASSOU, Pedro. *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia*, con las Ordenanzas de 1849 y las de 1888. Madrid: Ed Maxtor, 2005, p.97.

Buenos vigente en la actualidad.<sup>15</sup> En éste nuevo cuerpo normativo se reconoce legalmente, el carácter de Tribunal Consuetudinario y Tradicional del “Consejo de Hombres Buenos de Murcia, agregando el último párrafo al artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (BOE 15 de mayo de 1999 (N<sup>o</sup> 116) reconociendo autonomía histórica respecto del Tribunal de las Aguas de Valencia dado que los Tribunales consuetudinarios están reconocidos en la Constitución Española de 1978, en su artículo 125 por el cual se asegura al ciudadano español la acción popular y el acceso a la Justicia ante dichos Tribunales. En la esfera del Derecho Autonómico, el Estatuto Murciano establece que prestará especial atención al Derecho consuetudinario de la Región.

Con estos antecedentes jurídicos la reciente sentencia del Tribunal Constitucional reconoce en el 2004 que *“el Consejo es un órgano de naturaleza jurisdiccional que, como tal, ejerce verdadera jurisdicción, bien que limitada al círculo de las competencias que la Legislación de Aguas y las Ordenanzas de la huerta de Murcia le atribuyen”*.

### 3.1.2.3 Plan General de Elche

La primera norma tutelar del oasis de Elche fue el Decreto de 8 de marzo de 1933 que protegía a través de la tutela establecida a las palmeras, declarando de interés social la conservación de los huertos de palmeras de Elche con el Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio como Autoridad de Aplicación con un Patronato que ejecutaba las medidas tutelares creado por Orden de 28 de marzo de 1942 y reestructurado por Orden de 26 de febrero de 1973. En el aspecto cultural, por Decreto de 31 de julio de 1941, se constituía, bajo la dependencia del Ministerio de Educación Nacional, el Patronato para la Protección de los Jardines Artísticos, y por Decreto de 27 de julio de 1943 era declarado jardín artístico el *palmeral de las inmediaciones de Elche, incluido el llamado Jardín-Huerto del Cura*, poniéndolo

---

15 Ordenanzas y Costumbres de la Huerta de Murcia, Murcia, 1994, pp. 75-76 Art. 27. *El Consejo de Hombres Buenos se compondrá: De un Presidente, que será el presidente de la Comunidad General de Regantes y de la Comisión Representativa de Hacendados, o uno de los componentes de la Comisión Representativa en el que Presidente delegue, y con CINCO Procuradores-Vocales-Titulares y Cinco Procuradores Vocales-Suplentes. Dos Procuradores Vocales-Titulares serán de los Heredamientos de la Acequia Mayor de ALJUFÍA; Dos Procuradores Vocales-Titulares serán de los Heredamientos de la Acequia Mayor de BARRERAS; y Un Procurador Vocal-Titular, de la Comunidad de Regantes de CHURRA LA NUEVA; igualmente, habrá Dos Procuradores Vocales-Suplentes de los Heredamientos de las Acequias Mayores de ALJUFIA y BARRERAS, y Un Procurador Vocal-Suplente de la Comunidad de Regantes de CHURRA LA NUEVA. Actuará de Secretario, el que sea General de la Comunidad y de la Comisión Representativa. Art. 28. Los Vocales-Titulares y Vocales-Suplentes del Consejo de Hombres Buenos, serán elegidos por sorteo, en los correspondientes Juntamentos de las Acequias Mayores de ALJUFIA y BARRERAS, así como de la Comunidad de Regantes de la Acequia de CHURRA LA NUEVA, en el mes de diciembre de cada año, renovándose todos los meses; no pudiendo ejercer este cargo, los que lo hayan desempeñado una vez al año. Art. 29. Para evitar que por cualquier circunstancia o motivo deje de constituirse el Consejo en los días de audiencia, se nombrarán en Juntamento General, treinta Procuradores de esta Huerta, los cuales, quedarán en una urna cerrada, cuya llave tendrá el Presidente del Consejo. Si 48 horas antes del señalado para la audiencia hubiese comunicado alguno o algunos de los Procuradores para constituir el Consejo el no poder asistir, se sacará de la urna el nombre o nombres que sean precisos para completar el que se requiera, avisando a los que les haya cabido la suerte, a formar parte de él, como Suplente, para aquel solo acto. Los Suplentes podrán serlo, tantas veces cuantas les toque por la suerte. Art. 30. El cargo de Vocal del Consejo de Hombres Buenos es obligatorio y gratuito. Art. 31. Las Resoluciones del Consejo de Hombres Buenos, sólo son revisables, dentro del plazo de un mes, en reposición, ante el propio Consejo, como requisito previo al recurso contencioso-administrativo. Art. 32. Los procedimientos del Consejo de Hombres Buenos, serán públicos y verbales. Art. 33. El hacendado de la Comunidad General que no efectúe el pago de repartos, multas y cualesquiera otro que les fuera reglamentariamente impuesto, satisfará un recargo del diez por ciento cada mes que dejó de transcurrir sin realizarlo. Una vez pasados tres meses sin verificar dicho pago y su recargo, se le podrá prohibir el uso del agua, hasta tanto no lo satisfaga. Para el devengo total de dicho recargo bastará una fracción del tiempo cualquiera, dentro del mes a que corresponda la morosidad. En todos los casos, la Comunidad General podrá ejecutar contra el moroso, los derechos que le competen, siendo de cuenta del mismo los gastos que se originen, todo ello, sin perjuicio a acudir a la Vía de Apremio, prevista en el Reglamento General de Recaudación. Art. 34. Por cada denuncia que se presente al Consejo de Hombres Buenos, el denunciante deberá satisfacer la cantidad de 3.000 pesetas (TRES MIL), cuyo importe se incrementará cada año, con arreglo al índice de precios al consumo; y se ingresará en los fondos de la Comunidad General. De esta obligación, estarán exentos los Sres. Procuradores de los distintos heredamientos.*



bajo la tutela del Estado, ejercida por el Ministerio de educación nacional, al amparo de la Ley del tesoro artístico y del Decreto de 31 de julio de 1941. Desde lo urbanístico ya había antecedentes en 1951 cuando se aprobaron unas ordenanzas municipales adicionales que se incluyeron en el plan general de ordenación urbana de Elche de 1962 y, posteriormente, en aplicación de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se redactó un plan especial de ordenación de los huertos de palmeras que fue aprobado por orden de 11 de octubre de 1972 y recogido en la revisión del plan de 1973.<sup>16</sup>

Con la Ley 1/1986 (BOE 11/06/1986 N° 139) de la Generalitat Valenciana y su reglamentación<sup>17</sup> se dictó una norma de clara orientación paisajística y que siguió la metodología actual para los paisajes protegidos. La misma tuvo por objeto... *“la protección y el fomento de la palmera datilera (phoenix dactilífera), de Elche y su término municipal, así como de las áreas y entornos donde se ubica, mediante la regulación de su uso, destino y aprovechamiento, con el fin de garantizar la continuidad histórica de los valores naturales y culturales que representan y la promoción de su cultivo (Art 1º) para caer dentro de los límites de la protección el área en cuestión debía ser calificada como...” huertos de palmeras, según el procedimiento establecido en la misma, por su interés histórico-cultural...o... “grupos de palmeras o palmeras diseminadas que, sin constituir huerto, sean calificadas, por el procedimiento que en la misma se establece, como de interés histórico-cultural” Pero esta protección no tenía vocación de eternidad porque el último párrafo del artículo 2º destaca que estas calificaciones... “podrán dejarse, en todo o en parte, sin efecto cuando hayan desaparecido las circunstancias de hecho que las determinaron en su día”...*

Esta normativa sufrió críticas por su carácter insular, no tratamiento de transporte de especies o descubrimiento de hechos atentatorios del objeto, pero descubiertos fuera de la comarca.<sup>18</sup>

La segunda normativa en grado de importancia para este tema es el denominado “Plan General de Elche”, el cual establece algunas normas tutelares para el oasis artificial en el que está asentada la ciudad. No se hace mención a la palabra “oasis”, pero es un hecho que se protege la integridad del mismo con ciertas disposiciones que terminan redundando en la sostenibilidad de su paisaje.<sup>19</sup>

Particularmente el artículo 52 protege las palmeras, estableciendo que será preceptiva su plantación antes de finalizar cualquier obra de edificación en la fachada de cada parcela. Y el artículo 59 establece que la edificación

debe respetar en cualquier caso la estructura tradicional del huerto existente, sustituyendo los ejemplares enfermos y reponiendo los desaparecidos. Asimismo, cualquier solicitud de licencia de obras en esta Clave deberá someterse a la Ley de Tutela del Palmeral de Elche y su Reglamento y ser informada previamente a su concesión por el órgano correspondiente del Patronato del Palmeral de Elche.

---

16 Preámbulo de la Ley 1/1986, de 9 de mayo, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula la tutela del palmeral de Elche.

17 Decreto 131/2003, de 11 de julio, por el que se establece un Plan de protección integral fitosanitario para los palmerales de relevancia histórica, económica, social y cultural de la Comunidad Valenciana, considera como palmerales relevantes el “Palmeral de Elche”, el “Palmeral de Orihuela” y el “Palmeral de Alicante”, “así como aquellos otros palmerales que así sean reconocidos mediante Orden de la Conselleria de Agricultura, Pesca y Alimentación”

18 MEDINA CORRECHER, Eduardo. Aproximación teleológica a la legislación protectora del palmeral de Elche. En: Nuestro suelo no urbanizable, una nueva década. *Cuadernos de Urbanismo*, nº3, Universidad de Alicante. Master en Urbanismo. Alicante, 1991, p.47.

19 PLAN GENERAL DE ELCHE 1998. *Plan General de Elche 1998*. Aprobado por Resolución del Conceller de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de 25 de mayo de 1998.

El cuidado del paisaje de palmeras llega también al ámbito urbano estableciendo condiciones estéticas en la edificación de viviendas (Art 70) con determinación de colores de contraste al verde de la palmera, se prohíben los sótanos o semisótanos o cualquier otra construcción que pueda afectar el enraizamiento de estas plantas y por lo tanto afectar su vida, debiendo respetar cada vivienda nueva la estructura del huerto pre-existente (Art 71). Similar temperamento se seguirá en edificación para el uso de almacenes agrícolas y forestales (Art 72).

### **3.2 Legislación de Argentina**

La Argentina, como todo país americano de herencia cultural española, comparte muchas de las instituciones de la Madre Patria, y así como bajaron del barco las primeras semillas de trigo y los primeros caballos, o el Fuero Juzgo, las Partidas o la Real Audiencia, también bajaron instituciones como las de los Jueces de Agua que hicieron sincretismo con instituciones americanas adoptando sus bondades a las locales. En la Argentina, es una institución que está perdiendo muchas notas españolas al volcar su procedimiento informal y gratuito a uno ejercido por funcionarios públicos, pero aún muchas características se mantienen y continúa siendo un eficaz órgano de resolución de conflictos entre otras tareas a cargo.

#### *3.2.1 Antecedentes de los Jueces de Agua en la Argentina*

Habíamos advertido que la institución española del Juez de Aguas llegó a América<sup>20</sup> de la mano de los españoles y con ellos también a la Argentina. En los Andes del Noreste argentino, el cargo era ejercido por una persona que por consenso popular era designado temporalmente, sin ningún tipo de paga, como Juez de Aguas, actualmente reemplazado por empleados provinciales<sup>21</sup> Era un personaje relevante en el manejo del riego artificial en explotaciones agrícolas de subsistencia –en especial del Altiplano y Quebrada de Humahuaca– en la provincia de Jujuy, Argentina que trabajaba en la justa distribución del agua como bien escaso, en un contexto territorial deprimido, y con sistemas milenarios de irrigación, inestabilidad jurídica en la tenencia de la tierra y minifundios improductivos. Uno de los últimos jueces de aguas, elegido por consenso popular, que desempeñó este cargo –ad honorem– durante más de veinte años era Valentín Cunchila, fallecido en 1970, en Juella, en la Quebrada de Humahuaca.<sup>22</sup>

#### *3.2.2 El Juez de Aguas en la Provincia de Chubut*

En la Provincia del Chubut el caso testimonial que nos ofrece es en la regulación de un río<sup>23</sup>, al cual se sujetan todas las derivaciones de agua naturales o artificiales del Río Senguer, destinadas para riego, existentes a la fecha, y aquellas que con el mismo fin pudieran crearse en el futuro, en el área del Valle de Sarmiento.

La Novedad de esta ley es que crea un Juez de Aguas, siguiendo superficialmente el ejemplo de la legislación española en estudio pero en este caso con una designación administrativa que es ubicada por la ley en cabeza de una Autoridad de Aplicación desempeñada por el Ministro del rubro, también fijara el canon de riego, turnos de riego,

---

20 CANELÓN PÉREZ, Jesús Eduardo. El Juez de Aguas, una forma tradicional de organización de los trabajadores agrícolas para la distribución del agua de riego. *Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, mayo-agosto 2005, vol. 15, número 043 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela, 2005, p.153.

21 PELISSERO, Norberto; FORGIONE, Claudia; PELEGRÌN, Maricel. *El agua hace su camino*, Juez de Aguas y sistemas de riego en los Andes del Noroeste argentino. Editor responsable: Raúl Lavalle. Series Huasamayo, 2007, p.98.

22 PELISSERO, Norberto; FORGIONE, Claudia; PELEGRÌN, Maricel. *El agua hace su camino*, Juez de Aguas y sistemas de riego en los Andes del Noroeste argentino. Editor responsable: Raúl Lavalle. Series Huasamayo, 2007, p.27.

limpieza y mantenimiento de cauces y canales, exceptuados los canales existentes o a construir en cada predio particular, para su riego (Art 3.a) y fijará multas por contravenciones.

Todos los regantes están obligados a permitir el paso de agua por sus terrenos en favor de otros, sin perjuicio de los derechos que les acuerde el Código Civil. Esta obligación se extiende a permitir el paso de aquella persona favorecida con la servidumbre, cuando las necesidades de riego lo exijan (Art 4.a). Los dueños arrendatarios u ocupantes con título legítimo de la tierra, son directamente responsables de las sustracciones de agua alteraciones de cursos y canales, maniobras de compuertas, remoción de terraplenes y todo otro desperfecto ocasionado al sistema, sin perjuicio de ejercer sus derechos contra terceros que hubieran actuado dolosamente. Todo reclamo originado en el sistema de riego deberá formularse ante la Autoridad de Riego, para lo cual el regante deberá estar al día con sus aportes al sistema, así como tener canales y acequias en buen estado de conservación (Art 4.d).

Las concesiones serán a título oneroso, por tres años, renovables, abonando un canon de riego por año y por hectárea, fijado por la Autoridad de Riego para el mantenimiento del sistema que también fija las contravenciones.

### *3.2.3 Ordenamiento de los Oasis en la Provincia de Mendoza*

En la Provincia de Mendoza, su Ley de Ordenamiento Territorial<sup>24</sup>, dispone una sección normativa para la categoría de oasis. Se trata del artículo 14 que trata de la clasificación y gestión del territorio y que claramente define al territorio objeto como

constituido por los oasis y las zonas no irrigadas, por la montaña y la planicie, que serán clasificados según su estado y aptitud ecológica, por la situación que han generado diferentes asentamientos y actividades, legitimadas luego por las disposiciones de las autoridades públicas. En éstos deberán desarrollar medidas de ordenamiento, prevención e intervención especiales, adecuados a las características propias de cada una.

En tal sentido se lo clasifican en:

a) Oasis: Se entiende por tal todo ámbito territorial que cuenta con derecho de agua de diferente categoría y tipo a partir de la sistematización hídrica, tanto de aprovechamientos superficiales, subsuperficiales, subterráneos u otras fuentes, para diversos usos, dentro del cual se encuentran las áreas urbanas, rurales, complementarias.

b) Zonas no irrigadas; aquellas que no poseen concesiones de agua otorgadas por ley para proveer recursos para riego artificial de origen superficial, subsuperficial, subterráneo, reúsos y otras fuentes. Considera: Áreas Rurales, de aprovechamiento extractivo, energético y uso estratégico de recursos y áreas naturales.

## **4. ALTA MONTAÑA**

### **4.1 Antecedentes**

Desde fines del siglo XIX, el paisaje de montaña en Occidente ha evolucionado en forma vertiginosa, humanizando sus contornos de una manera que Aníbal, el cartaginés, jamás hubiera imaginado. Ello se debe a varios factores, pero desde luego las nuevas dimensiones

---

23 LEY XVII-Nº 40 (Antes Ley 3446). Artículo 1º. - La presente Ley tiene por objeto el ordenamiento y regulación del agua de riego del Río Senguer en el Valle de Sarmiento.

24 Ley 8051 de Ordenamiento Territorial de la Provincia de Mendoza. B.O.Mendoza del 22/05/2009.

de la economía, el cambio de los gustos para el disfrute de los tiempos de ocio y con ello la aparición de la denominada industria del turismo tienen algo que explicar. Un paisaje tan abrumador y aparentemente imposible de abrazar para la civilización humana, no obstante, las apariencias, ha sido doblegado por nuestra cultura que ha logrado incorporar estas grandes extensiones de belleza blanca en su forma de vida. La apreciación estética de estos paisajes ha cambiado hábitos y modos productivos milenarios, los cuales no precisan una explicación muy detallada porque forman parte de la vida de todos: el esquí hoy es un deporte olímpico, motor de una gran industria con muchas facetas, no sólo deportiva y su indumentaria, sino fundamentalmente turística y todos los gremios que moviliza esta actividad tan dinámica.

Se puede afirmar que el cambio del paisaje de alta montaña es uno de los principales indicadores del cambio de nuestra forma de vida y de nuestra economía. A medida que crecieron sectores con mejores salarios, ocio aplicado al paseo, el crecimiento de servicios para atender las vacaciones y el dibujo de una escala económica alrededor de la industria del esquí, fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial<sup>25</sup>, el escenario de esta industria fue apropiado, y modificado para hacerlo funcional a la nueva actividad que sin bueyes, tractores o gavillas cambiaba el campo de la montaña para siempre. Ahora, sillas colgantes, funiculares, cable carril y excursionistas darían la nueva dinámica a este entorno que año tras año incrementa su demanda de paisaje para la construcción de gigantescas pistas de esquí con presupuestos millonarios justificando una actividad muy lucrativa que parece no detenerse en su consumo de paisaje, porque es inconcebible sin ella. Este consumo de paisaje incluye no solo vista sino también contenido, es decir vida salvaje y vegetal, vida que debe migrar - *si puede* - si tiene nuevos escenarios donde establecerse para continuar la especie.

La importancia de esta actividad ha creado la necesidad de diseñar nuevas herramientas de gestión, más precisas, más inclinadas a la protección del paisaje como la "evaluación del impacto visual" a fin de anticiparse y medir los cambios en los contornos del paisaje en la ejecución de un proyecto que normalmente tiene dimensiones estratégicas y contempla no sólo planificación y ordenación sino también normas de gestión ambiental y de calidad que tienen que integrar el territorio no sólo para los turistas y las máquinas registradoras sino también para los habitantes de estos macro lugares que sin ordenamiento pierden su hábitat junto a las especies animales y vegetales referidas en el párrafo anterior.-

## **4.2 Derecho Internacional**

No hay hasta el presente una Convenio Internacional sobre Glaciares, pese a la vulnerabilidad que demuestran<sup>26</sup> y la importancia de ser grandes reservorios de un elemento vital para la humanidad como lo es el agua dulce. Solamente algunos Convenios de Cambio Climático hacen referencia a sus características de manera colateral, pero sin ser el centro de sus textos.

No obstante, sí hay referencias a esta temática en algunos casos de manera tangencial, colateral o secundaria por referencia a otros recursos naturales o problemas climáticos. Son citables en este caso:

1- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático que indica en el Preámbulo, el carácter vulnerable de los ecosistemas de montaña al cambio climático, lo cual refiere a los glaciares:

---

25 LASANTA, Teodoro; VICENTE SERRANO, Sergio. Evolución del paisaje en la montaña submediterránea durante la segunda mitad del siglo XX: un caso de estudio en la cuenca del Jubera (La Rioja). *Zubía Monográfico, Revista de ciencias*, nº 13, Madrid, 2001, p.193.

Reconociendo además que los países de baja altitud y otros países insulares pequeños, los países con zonas costeras bajas, zonas áridas y semiáridas, o zonas expuestas a inundaciones, sequía y desertificación, y los países en desarrollo con ecosistemas montañosos frágiles son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático.

2- La Agenda XXI, en su capítulo 18, indica la necesidad de entender y cuantificar la amenaza del impacto del cambio climático sobre los recursos de agua dulce y facilitar la implementación de contra-medidas efectivas.

3- Todos los Convenios Internacionales que hemos estudiado en el Capítulo 2 de la presente que hacen referencia a paisajes excepcionales, en tanto y en cuanto protegen al paisaje, también protegen los glaciares por constituir belleza excepcional.

4- La Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines distintos de la Navegación<sup>27</sup> es importante por la definición que brinda de curso de agua como... "*sistema de aguas de superficie y subterráneas alguna de cuyas partes se encuentra en Estados distintos que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen hacia una desembocadura común*"... El ámbito de aplicación es el curso de agua internacional, que como vimos dos renglones arriba es un concepto más limitado que el de cuenca hidrográfica o de drenaje<sup>28</sup> y por esta razón la convención sería aplicable a los glaciares solo si están ubicados en el nacimiento de un río y reconociendo el concepto de cuenca, a la vista de la función de un glaciar dentro de una cuenca hidrográfica, por tener éste último un carácter más abarcativo.<sup>29</sup>

5-El Tratado Antártico de 1959 y su Protocolo del cual Argentina es parte, protege los glaciares de muchas maneras, por ejemplo, prohibiendo toda medida de carácter militar (Art. 1) y explosión nuclear en la Antártida y eliminación de desechos radiactivos (Art. 5, 1).

Los Estados miembro se comprometen a la protección global del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados. A su vez, mediante el Protocolo designan a la Antártida como *reserva natural*, consagrada a la paz y a la ciencia. El artículo 3º, de "Principios ambientales" establece que... "*la protección del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados, así como del valor intrínseco de la Antártida, incluyendo sus valores de vida silvestre y estéticos y su valor como área para la realización de investigaciones científicas, en especial las esenciales para la comprensión del medio ambiente global, deberán ser consideraciones fundamentales para la planificación y realización de todas las actividades que se desarrollen en el área del Tratado Antártico*"....

Éstos parecen ser a primera vista los ejemplos menos arriesgados en la Conservación de los glaciares por parte del Derecho Internacional a falta de una Convención específica, que ponen en evidencia además la importancia de las Convenciones del Paisaje para tutelar objeto que a primera vista no llevan su mirada como lo es el contenido de la vista misma, su soporte material.

---

26 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006.

27 UN Doc. A/51/869, 1997

28 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006, p.7.

29 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006.



### 4.3 Derecho Europeo

La Unión Europea no asumió un compromiso directo en la temática, y utiliza como herramienta el principio de subsidiaridad en donde se canalizan recursos indirectamente a la montaña con presupuesto asignado a conservación de la biodiversidad biológica<sup>30</sup> a través del Convenio pertinente y la Convención Alpina de 1991 que vincula a los países alpinos: Alemania, Austria, Eslovenia, Francia, Italia, Liechtenstein y Suiza. Pero el Consejo de Europa en 1995 hizo un importante aporte con la elaboración del Proyecto de Convenio Marco sobre Regiones de Montaña aprobado por Recomendación del Congreso de Autoridades Locales y Regionales de Europa, órgano consultivo del Consejo de Europa y la Asamblea Parlamentaria.<sup>31</sup> En abril de 2003, el Comité de Desarrollo Duradero del Consejo de Europa aprobó, finalmente la Carta Europea de Montaña.<sup>32</sup> En 2004 se celebró el Congreso Mundial de la Naturaleza<sup>33</sup>, sobre la Alianza para las Montañas del Mediterráneo que exhorta a las diversas instituciones de los Estados signatarios a fomentar y conservar la diversidad biológica, paisajística y cultural de las montañas mediterráneas.<sup>34</sup>

En Europa, fuera del Convenio, no obstante, hay otros instrumentos que de manera oblicua protegen al glaciar:

1- La *Convención Alpina* protege los Alpes y sus funciones ecológicas, económicas, culturales y recreativas. La convención, no hace referencia específica a los glaciares pero refiere a la protección de todos los ecosistemas de montaña, por lo que entendemos debe considerarse incluidos los ecosistemas glaciares.<sup>35</sup>

2- La *Convención de los Cárpatos* también se refiere a la conservación de los ecosistemas de montaña. En su preámbulo resalta la importancia ecológica, cultural y socioeconómica de las regiones de montaña, y recuerda cómo estos valores impulsaron a la Asamblea General de Naciones Unidas a declarar el año 2002 como el Año Internacional de las Montañas.<sup>36</sup>

3- El *Convenio Europeo sobre el Paisaje* que hemos estudiado en el Capítulo 3º protege el paisaje en su sentido más amplio y por lo tanto protege a estos maravillosos paisajes que son los glaciares y más aún si hacen a la identidad de la población del lugar.

### 4.4 Legislación española

Por esta razón, la normativa para examinar sobre Alta Montaña tiene una visión de tipo integral en donde el paisaje es un elemento más entre los que merecen protección y ordenación. En este sentido, no es de extrañar que la Constitución de España en su artículo 130.2 prevea dispensar... "un tratamiento especial a las zonas de alta montaña" ... en otras palabras, manda

30 Recordemos que la Agenda XXI en 1992, en su capítulo 13 "Ecosistemas Frágiles: desarrollo sostenible de las zonas de Alta Montaña aborda esta temática. El artículo 13.1 define las montañas como "una fuente importante de agua, energía y diversidad biológica. Además, son fuente de recursos vitales como minerales, productos forestales y agrícolas y medios de esparcimiento". El artículo 13.14 en su inciso b) establece la necesidad de promover "actividades de generación de ingresos tales como la pesca y el turismo equilibrados y la minería inocua para el medio ambiente, y el mejoramiento de la infraestructura y los servicios sociales, sobre todo para proteger los medios de vida de las comunidades locales y las poblaciones indígenas."

31 Recommendation 75, Estrasburgo, mayo 2000.

32 Recommendation CG (10) 9 del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa.

33 UICN, Bangkok, 17-25 de noviembre de 2004.

34 ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Georgina. *Informe para el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino*. Madrid, 2008. Texto disponible en: [http://www.mma.es/secciones/biodiversidad/desarrollo\\_rural\\_paisaje/paisaje\\_rural/pdf/Situacion\\_montanas.pdf](http://www.mma.es/secciones/biodiversidad/desarrollo_rural_paisaje/paisaje_rural/pdf/Situacion_montanas.pdf).

35 Adoptada en Salzburgo el 7 de noviembre de 1991. Texto disponible en: <http://www.conventionalpine.org>.

36 IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006, p.7.

a regular por ley lo que el mercado venía regulando con la lógica de las inversiones. El Estado español desarrolló un rol protagónico, que al principio cuestionado luego fue salvado por la jurisprudencia. Ello porque, recién llegada la Democracia, se aprobó la ley 25/1982 de 30 de junio de agricultura de montaña, recurrida por varias Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional que desestimó el Recurso presentado contra el Estado.<sup>37</sup>

Siguiendo este mandato, en Cataluña se sancionó la Ley 2/1983 de 9 de marzo, de Alta Montaña, con la finalidad confesada en su elevación de reconocer determinadas áreas con un grado de desarrollo desbalanceado respecto de la pujante Cataluña lo suficientemente significativa como para ocupar el veinte por ciento de la superficie de esta Comunidad Autónoma pero con una población que entonces no pasaba del dos por ciento y con una economía disminuida y dedicada sólo a ganadería/agricultura y con condiciones de vida agravadas por el duro clima y la falta de un correlato de infraestructura para amenizar sus efectos. La consecuencia que se advertía era la migración de esas poblaciones rurales buscando condiciones de vida suavizadas por el desarrollo y los avances tecnológicos muy evidentes en la ciudad y sobre todo en Barcelona, ante decisiones presupuestarias permisivas que obviaban que la Alta Montaña tienen...*"potencial de producción...como los ganaderos, los forestales y los turísticos"*...sino que cumplen...*"funciones de interés colectivo, entre las que pueden destacarse la ganadería, la agricultura, el suministro de agua y la producción de energía eléctrica, la protección contra la erosión del suelo y la regulación de avenidas torrenciales. Son también reservas naturales de interés ecológico que contribuyen al equilibrio biológico y aportan un patrimonio cultural de interés antropológico"*...Por eso el artículo uno entre los objetivos de la ley destaca la necesidad de establecer un nuevo régimen jurídico específico para desarrollar recursos económicos...*"valorar las funciones que la montaña cumple en beneficio del resto de la sociedad y, al mismo tiempo, proteger el patrimonio natural, histórico, cultural y artístico de los pueblos y comunidades de montaña, y, en consecuencia, hacer compatible el desarrollo turístico, deportivo, recreativo y económico con la preservación del paisaje, el medio ambiente y los ecosistemas de montaña"*...

El artículo dos define las comarcas de montaña como...*"territorios homogéneos con unidad territorial, económica y social que estén o puedan estar organizados como áreas socio-económicas funcionales y que, al mismo tiempo, se caracterizan por poseer altitud"*... pendiente y clima limitador de la actividad económica, recursos escasos, especialmente agua, nieve, pastos, bosques y espacios naturales y con baja densidad de población en relación con el valor medio de Cataluña.<sup>38</sup> El artículo tres agrega precisión, aclarando que son zonas de montaña los territorios configurados por uno o más términos municipales, no situados en comarcas de montaña, que reúnan alguna de las siguientes condiciones, superficie de 65% en cotas superiores a 800 metros, pendiente media superior al 20% y el 60% situado en cotas superiores a 700 metros. La ley, entre sus disposiciones crea también un Plan Comarcal de Montaña como instrumento básico para el desarrollo y aplicación de la política de montaña, duran cinco años y contienen un estudio socio-económico y de desarrollo, programas de la comarca y la explicitación de las posibilidades de desarrollo de los diversos sectores económicos, sociales y de servicios, expresados en forma de objetivos concretados en el tiempo y en la estrategia de actuación, programas de actuación, con indicación de las

37 Se admitió que el artículo 5 a) de esta ley relativo a las declaraciones de las zonas de agricultura de montaña en toda España y los programas de ordenación y promoción de recursos agrarios era una norma de coordinación que no vulneraba las competencias de las autonomías. El Recurso contra el Real Decreto 2164/1984 de 31 octubre por el que se regula la acción común para el desarrollo integral de las zonas de agricultura de la agricultura de montaña y otras zonas equiparables, también fue desestimado. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (BOE nº 74 de 27/03/1991). Sentencia 45/1991, de 28 de febrero, del Pleno del Tribunal Constitucional, en los conflictos positivos de competencia 299/1985, 313/ 1985, 318/ 1985 (acumulados).

38 Según el artículo 2, se consideran comarcas de montaña, a los efectos de la presente Ley, las siguientes comarcas: l'Alt Urgell, la Cerdanya, el Pallars Jussà, el Pallars Sobirà, el Ripolles, la Vall d'Arán, el Berguedà, el Solsonès i la Garrotxa, en la integridad de su territorio.

acciones, plazos e inversiones.

La Ley 42/ 2007 de 13 de diciembre<sup>39</sup>, establece el nuevo<sup>40</sup> régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el artículo 45.2 de la Constitución española. Esta ley define la expresión montaña<sup>41</sup>, y la ubica dentro de un contexto de protección en el artículo 20<sup>42</sup>, para obrar en el territorio como un nexo entre las diferentes fisonomías del mismo.

#### 4.5 Legislación argentina. Presupuesto mínimo ambiental

El art. 2340 del Código Civil, disponía que son bienes públicos: *los mares territoriales, hasta la distancia que determine la legislación especial (inc. 1); mares interiores (inc. 2); ríos, sus cauces y demás aguas que corran por cauces naturales y “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general”*<sup>43</sup> en idéntica sintonía el nuevo Código Civil y Comercial vigente desde el 1<sup>a</sup> de Agosto de 2015 establece en el artículo 235 una redacción similar pero con mayor precisión.<sup>44</sup> Uno de los grandes especialistas en Derecho de Aguas de la Argentina, Miguel S. Marienhoff, sostiene que el glaciar es agua y así debe ser considerado a efectos de establecer su régimen jurídico, porque el estado físico en que se presenta el agua de los glaciares, en

nada altera su condición jurídica de curso de agua, tanto más si se tiene en cuenta que el glaciar no es una masa de hielo inmóvil e inmutable, sino, por el contrario, una masa que se renueva y desliza lentamente (...) El glaciar tiene los mismos elementos constitutivos de cualquier otro curso de agua: lecho y agua (congelada); por otra parte, el glaciar, al igual que los ríos, arroyos, etcétera, tiene su curso o corriente, aunque caracterizado por su lentitud. Es necesario, pues, entender el glaciar como una verdadera corriente muy lenta, que se mantiene en los mismos límites por acción de fuerzas opuestas, el aumento por la parte superior y la destrucción por debajo.<sup>45</sup>

---

39 BOE nº 299 del Viernes 14 de diciembre de 2007 pp. 51275 y ss.

40 Deroga la vieja Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres que, a su vez, en parte procedía de la Ley de 2 de mayo de 1975, de Espacios Naturales Protegidos.

41 Áreas de montaña: territorios continuos y extensos, con altimetría elevada y sostenida respecto a los territorios circundantes, cuyas características físicas causan la aparición de gradientes ecológicos que condicionan la organización de los ecosistemas y afectan a los seres vivos y a las sociedades humanas que en ellas se desarrollan.

42 Artículo 20. *Corredores ecológicos y Áreas de montaña.*: Las Administraciones Públicas preverán, en su planificación ambiental o en los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, mecanismos para lograr la conectividad ecológica del territorio, estableciendo o restableciendo corredores, en particular entre los espacios protegidos Red Natura 2000 y entre aquellos espacios naturales de singular relevancia para la biodiversidad. Para ello se otorgará un papel prioritario a los cursos fluviales, las vías pecuarias, las áreas de montaña y otros elementos del territorio, lineales y continuos, o que actúan como puntos de enlace, con independencia de que tengan la condición de espacios naturales protegidos. Las Administraciones Públicas promoverán unas directrices de conservación de las áreas de montaña que atiendan, como mínimo, a los valores.

43 Cuando dice usos de interés general, creemos que abarca a los glaciares porque satisfacen usos provisión de agua por cambio de estado; reservorio de agua dulce; indicadores del clima actual y pasado; rol en el clima global y en el ciclo hidrológico; uso para fines turísticos (que en la Argentina es muy explotado a veces en forma indiscriminada) y prestación de los denominados “servicios ambientales”. Asimismo, el Artículo 75 inciso 30 pondría en cabeza del Congreso Nacional legislar sobre estos bienes de interés general.

44 Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso.

45 MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p.301.



No obstante, hasta la ley de glaciares, la única regulación estatal era la que refería a las Áreas Protegidas, siempre que éstas abarquen a un glaciar.

En la Argentina, una visión integral del paisaje de Alta Montaña como la analizada en las páginas anteriores, permanece todavía ausente. Solamente se ha estudiado lo que podríamos denominar “un solo aspecto” del enfoque integral examinado, que trata solamente de los hielos permanentes de las cumbres de esas Altas Montañas ubicadas en la Cordillera de los Andes con objetivos que tienen relación no sólo en lo referido al Cambio sino referido a proyectos mineros futuros y la conservación del recurso agua.

Es la dirección que lleva la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial (Ley 26639 B.O. 28/10/2010) originada en base a la fusión de dos proyectos de ley uno originado en la Cámara de Diputados, impulsado por el Diputado Miguel Bonasso y el siguiente por el Senador oficialista Miguel Filmus. El primero, con dictamen de mayoría de la “Comisión de Recursos Naturales y Ambiente Humano” de la Cámara, y que es copia textual del Proyecto de la entonces Diputada Marta Maffei que fuera la ley vetada en 2008 por el Poder Ejecutivo después de haber sido aprobada por mayoría absoluta de las dos Cámaras: Diputados y Senadores, con el apoyo de trescientas asambleas socio ambientales, ciento cincuenta asambleas reconocidas ambientalistas y numerosos académicos. El segundo con un texto más controvertido por la opinión pública y sesgado por un enfoque tildado de “minero” por sus detractores porque decía defender la fuente de trabajo minera que llegaría a cientos de miles, números que podríamos apreciar como de exagerado optimismo si verificamos que el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos en Buenos Aires marcó para 2009 un número de

18349 asalariados en el sector de los cuales sólo 6533 en minerales metalíferos. En Chile, la minería factura 8 veces más que en la Argentina y emplea 174125 trabajadores incluyendo contratistas, mientras que en Canadá con facturación similar a Chile se emplean sólo 58.505 trabajadores.<sup>46</sup>

El artículo uno ya ofrecía diferencias porque mientras Proyecto Bonasso exhibe el objeto de preservar los glaciares y el ambiente periglacial como reservas estratégicas de recursos hídricos y proveedores de agua de recarga de cuencas hidrográficas, el Proyecto Filmus agregaba otros objetivos tales como la agricultura, industria (que funge a la minería si se declara la falta de impacto ambiental por la Provincia), cuencas, generación de energía, biodiversidad, información y turismo. Asimismo, afirma la propiedad del Estado Nacional (ya declarada por el Art 2340 inciso 2 del Código Civil de 1871), si bien el artículo 126 de la Constitución Federal declara a los recursos naturales como propiedad de las Provincias. Estas incidencias industriales desaparecieron del texto de la ley.

El artículo dos del Proyecto Bonasso definía al “glaciar” como

toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua. Asimismo, se entiende por ambiente periglacial el área de alta montaña con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico.

---

46 SVAMPA, Maristella; GIRAUD, Marcelo. Tenemos derecho a los glaciares. *Diario Clarín*. Buenos Aires. Edición del 27 de septiembre de 2010, nº 23.262, p.17.

El Proyecto Filmus<sup>47</sup> eliminaba la definición de “ambiente periglacial”, con lo que reducía el objeto de tutela protegiendo solamente dentro del ambiente periglacial, a los glaciares de escombros, justamente la zona en donde los proyectos mineros van a trabajar y precisar agua en millones de litros hora. Complementa esta norma la del artículo tres que en el Proyecto Bonasso se creaba el Inventario Nacional de Glaciares y geoformas y periglaciares que actúan como reservas hídricas con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo. El Proyecto Filmus hacía pasible de inventario<sup>48</sup> a los glaciares descubiertos, cubiertos y de escombros que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo. La tesis del Proyecto Bonasso se impuso en la redacción de estas normas consagrando una fórmula de protección integral y exhaustiva. La reglamentación (BORA del 01/03/2011 Decreto (PEN) 207/11), escueta, por cierto, trae algunos detalles adicionales a los artículos 4º y 5º de la ley. En este sentido aclara cuales son los objetivos y fines del Inventario de glaciares:

- 1) Implementar metodologías apropiadas para un mapeo y monitoreo eficiente y detallado de los cuerpos de hielo en las distintas regiones del país;
- 2) Desarrollar recursos humanos para implementar el Inventario y asegurar su continuidad en el tiempo;
- 3) Definir el tipo y nivel de detalle necesario para que la información glaciológica y geociológica obtenida permita un manejo adecuado de las reservas estratégicas de recursos hídricos;
- 4) Organizar la base de datos del Inventario Nacional de Glaciares de manera eficiente y ordenada utilizando un sistema de informática “on line” de almacenamiento, intercambio y publicación de los resultados parciales y/o finales;
- 5) Establecer un sistema integrado de observaciones de “cuerpos de hielo/clima” que permita determinar los principales factores climáticos que afectan la evolución de las reservas de recursos hídricos.
- 6) Sentar las bases que permitan continuar con el monitoreo, análisis e integración de la información referente a los glaciares y crio formas.
- 7) Identificar posibles impactos por la pérdida de las masas de hielo que podría tener sobre el manejo de los recursos hídricos y otras actividades humanas asociadas; y
- 8) Establecer un Programa de Difusión de la información resultante del Inventario Nacional de Glaciares, a través de una política de datos abierta y de libre acceso a la información.<sup>49</sup>

El Inventario Nacional de Glaciares se organizará geográficamente por grandes Regiones que agrupan cuerpos de hielo con características morfológicas y medioambientales relativamente similares, a cuyo fin se incluye la siguiente clasificación:

---

47 El Proyecto Filmus definía al Art. 2º – Definiciones. los efectos de la presente ley, la protección se extiende, dentro del ambiente glacial, a los glaciares descubiertos y cubiertos; y dentro del ambiente periglacial, a los glaciares de escombros; cuerpos que cumplen uno o más de los servicios ambientales y sociales establecidos en el artículo 1º. Se entiende por: a) Glaciares descubiertos: aquellos cuerpos de hielo perenne expuestos, formados por la recristalización de la nieve, cualquiera sea su forma y dimensión; b) Glaciares cubiertos: aquellos cuerpos de hielo perenne que poseen una cobertura detritica o sedimentaria; c) Glaciares de escombros: aquellos cuerpos de detrito congelado y hielo, cuyo origen está relacionado con los procesos criogénicos asociados con suelo permanentemente congelado y con hielo subterráneo, o con el hielo proveniente de glaciares descubiertos y cubiertos. Son parte constituyente del ambiente glacial y periglacial protegido, además de hielo, material detritico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua.

48 El artículo 5 traía una disidencia más entre ambos Proyectos en lo referido al Inventario de Glaciares porque el de Bonasso lo ponía en cabeza del Estado Nacional y el de Filmus en el de las Provincias.

49 El artículo 5 traía una disidencia más entre ambos Proyectos en lo referido al Inventario de Glaciares porque el de Bonasso lo ponía en cabeza del Estado Nacional y el de Filmus en el de las Provincias.

a) Andes Desérticos, que incluye todo el Noroeste Argentino y el sector norte de la Provincia de San Juan, incorporando la cuenca del Río Jachal;

b) Andes Centrales, que incluye la Región desde la cuenca del Río San Juan hasta la cuenca del Río Colorado.

c) Andes del Norte de la Patagonia, que incluye desde la cuenca del Río Neuquén hasta las Cuencas de los Ríos Simpson, Senguerr y Chico Santa Cruz;

d) Andes del Sur de la Patagonia, que incluye las cuencas del Río Deseado y los Lagos Buenos Aires y Pueyrredón, hasta las cuencas del Río Gallegos y Río Chico.

e) Andes de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur.<sup>50</sup>

Esta es la metodología para una evaluación e inventario oficial de Glaciares.<sup>51</sup>

El artículo seis de ambos proyectos regulaba las actividades prohibidas, advirtiéndose una regulación más detallada en el Proyecto Bonasso que prohíbe

las actividades que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el artículo 1º, impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular las siguientes: a) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen; b) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica; c) La exploración y explotación minera o petrolífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial saturado en hielo; d) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales.

También se consagró esta redacción con un bien jurídico tutelado de mayor envergadura y por ende con mayor tutela en el texto final de la ley 26.639.-

Quizás la disidencia más seria en la tutela se encuentra en el artículo siete que sometía a todas las actividades proyectadas en este ambiente a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme escala de intervención. El Proyecto Filmus eliminaba la evaluación ambiental estratégica que es el único instrumento que contempla los efectos acumulativos y regionales de los emprendimientos a realizarse coordinando distintos proyectos entre sí, y sus contextos con enfoques puntuales que ignoran que la minería y los glaciares se ríen de las fronteras jurisdiccionales al interior de un Estado. Si bien la Argentina en el momento de este debate carece de legislación federal en materia de Evaluación Ambiental (excepto la del Código de Minería) y menos aún de Evaluación Ambiental Estratégica, tal observación que hacía el Proyecto Bonasso no era menor por la magnitud de los mega proyectos mineros en ciernes: Pascua-Lama y Veladero que forman parte del mismo distrito aurífero, Agua Rica a 34 kms de La Alumbra. Por tal razón, el decreto

---

50 *Ibidem*. Dentro de estas regiones y cuencas principales, los trabajos de Inventario se focalizarán en las subcuencas hídricas que posean aporte de cuerpos de hielo permanentes. El Inventario Nacional de Glaciares se implementará mediante una estrategia de observación jerárquica de todos los glaciares y criofomas del país, consistente en aplicar TRES (3) sistemas escalonados de estudio o niveles: Nivel 1: Identificación, mapeo y caracterización de los glaciares y geoformas periglaciales que actúan como reservas hídricas en el territorio Nacional. Nivel 2: Estudio de fluctuaciones recientes en las últimas décadas y años, de cuerpos de hielo seleccionados. Nivel 3: Estudios detallados de cuerpos de hielo seleccionados en las distintas Regiones del país.

51 Un grupo de científicos japoneses que junto al Dr. Skvarca y científicos chilenos hicieron varios trabajos en la materia, mencionan 48 grandes glaciares de los Hielos Continentales Patagónicos Sur descriptos por Aniya y una superficie total de 13.000 km<sup>2</sup> de los Hielos Continentales Patagónicos Sur, incluida la parte argentina, que fue calculada tomando como base un mosaico de imágenes satelitales Landsat de 1986 (consultar el portal del laboratorio de glaciología de la Univ. de Chile). (IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental n° 61, 2006, p.17)

reglamentario en el artículo siete refiere a la “evaluación de impacto ambiental estratégica”<sup>52</sup> pero solamente la define sin ampliar sus términos, lo cual es necesario por las diferencias que presenta un extremo u otro para su operatividad.<sup>53</sup>

Un dato curioso en este debate lo agrega el hecho de que será justamente la Asociación Obrera Minera Argentina (AOMA) institución gremial sindical de trabajadores de primer grado y que representa a todos los trabajadores mineros en la Argentina, la que impulsara una medida cautelar contra la ley 26639 para suspender la aplicación de algunos artículos de esta norma... “en tanto crea un estado de intranquilidad e incertidumbre para los actores, que se ven afectados en sus derechos al trabajo y a ejercer industrias lícitas”.<sup>54</sup> Lo paradójico de esta situación fue que mientras las organizaciones ambientales y partidos políticos que sostenían en sus discursos panoramas de protección como portavoces de sectores populares, contemplaron la manera en que las asociaciones profesionales de trabajadores asociados a Empresas Mineras multinacionales impugnaban una ley de tutela ambiental que pretendía defender el ambiente de los impugnantes integrantes de sectores populares.<sup>55</sup> El argumento fue proteger la fuente de trabajo, en síntesis, dinero por salud, dinero por ambiente, trabajo por ambiente. Tal planteo fue rechazado por el cimerio Tribunal Nacional.<sup>56</sup>

#### **4.6 Experiencia de Brasil y Convención de Bariloche 2007**

En Brasil, no obstante adolecer la geografía brasileña de relieves de la altitud comentada, con hielos eternos, es posible encontrar una tendencia de protección a estos paisajes en su jurisprudencia. Helita Barreiro Custodio, notable jurista brasilera, nos recuerda un caso en el que el Tribunal actuante, hizo lugar a una medida cautelar<sup>57</sup> que suspendía los efectos del Decreto 29.762 de 20/03/89 del Estado de San Pablo que disponía la construcción de la “autopista del sol” recorriendo zona de montaña, todo ello hasta la sentencia. En otro caso<sup>58</sup> se prohibió la realización de un ejercicio de entrenamiento policial en área de montaña para preservar la fragilidad de su ambiente.<sup>59</sup>

En la Convención de Bariloche<sup>60</sup>, se aborda fomentar y conservar la diversidad biológica, paisajística y cultural en un contexto de protección, aceptando la necesidad de establecer áreas protegidas para la conservación de ecosistemas singulares y frágiles de alta montaña, tales como glaciares, páramos, punas, jalcas y humedales, en el marco de estrategias integradas para la conservación de estos ecosistemas mediante su valoración y su gestión para prevenir su pérdida y degradación por amenazas globales. También se

---

52 *Ibidem*, Artículo 7.- Se entiende por Evaluación Ambiental Estratégica aquel proceso sistemático de estudio de impactos ambientales de las políticas, planes o programas y de sus alternativas, incluyendo la preparación de un informe escrito y las conclusiones de la evaluación y su uso en los procesos de decisiones públicas.

53 RINALDI, Gustavo. Breves consideraciones sobre la reciente reglamentación de la ley 26639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y el ambiente periglaciario. *Revista de Derecho Ambiental*, nº26, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007, p.195.

54 AOMA y otras c/ Estado Nacional s/ Acción de Inconstitucionalidad, Autos 33339. Juzgado Federal de San Juan. Sentencia del 2 de noviembre de 2010.- MICROJURIS. Cita: MJ-JU-M-59113-AR / MJJ59113.

55 RODRÍGUEZ, Leonardo G. Ley 26639 (presupuestos mínimos para la protección de glaciares): el impacto a la minería y su controvertida constitucionalidad. *Revista de Derecho Ambiental*, nº25, enero-marzo 2011, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p.253.

56 CSJN 140/2011. Barrick Exploraciones Argentinas S.A. c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. 04/06/2019.

57 STF, Adin n.73-0-SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 9-8-89, DJ 15-8-89, Ementário 1555-1-STF, p. 9.

58 TJSP, 7º C, Ap. Civ. 246929-1/8, Rel. Des. Albano Nogueira, j 2-9-96.

59 BARREIRO CUSTODIO, Helita. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Ed Millennium, 2005, p.477;677.

60 Segundo Congreso Latinoamericano de Parques Nacionales y otras Áreas Protegidas, Bariloche 30/09/2007.

establece la necesidad de encontrar enfoques ecosistémicos y encontrar nuevos roles a las Áreas Protegidas en las estrategias nacionales de adaptación al cambio climático y articulación de áreas protegidas con paisajes circundantes, identificando a diferentes escalas la vulnerabilidad de las áreas protegidas al cambio climático, estableciendo medidas de mitigación y adaptación, especialmente en ecosistemas críticos como los de alta montaña, humedales y los ecotonos marinos de interfase.

## 5. CONCLUSIONES

Los paisajes extremos como nueva categoría a explorar en el Derecho del Paisaje o en el Derecho Ambiental, no ha plasmado todavía su presencia en la Academia. No obstante estas tres evidencias enuncian las ventajas de usar este marco teórico que claramente evidencian una clara falta de actuación estatal para el cuidado y protección de estos entornos de difíciles condiciones de vida para el ser humano. Las tres presentaciones: desierto, oasis y alta montaña, justamente sufren la misma ausencia de medidas protectorias, en lo que parece ser un idéntico desinterés por el Estado Moderno de hacer frente con presupuesto y personal la reversión que en algunos casos es posible de estas difíciles condiciones para la vida y la continuidad de un ambiente poco hospitalario para el ser humano. No obstante, la preocupación es muy antigua, y lo evidencia la legislación medieval que acompañamos sobre España que fue importada por la Argentina en la época de la Colonia.

La importancia está dada por el mantenimiento de condiciones de vida, no para el hábitat, porque las condiciones tan extremas hacen difícil la permanencia (en algunos casos). El caso del agua, que tomamos como ejemplo de uno de los tres casos en estudio es la misma que beben las principales ciudades de la Argentina y proviene de la Cordillera de los Andes. No se espera que se desarrolle legislación para crear condiciones de vida en la cima del Aconcagua, pero sí que se cuide el mayor tesoro que reúne su cumbre que es el del agua limpia y pura, aunque no parece haber coincidencia con las autoridades locales y tampoco las mineras. No se puede beber oro, pero es un detalle que se pasa por alto en honor a diez mil millones de dólares anuales de exportación de los cuales un 5% con suerte queda en la Argentina. Parece un mal negocio, pero los oídos son sordos y la regulación sigue en deuda, así como la actuación de la Autoridad de Aplicación.

## 6. BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ BONNIN, Josep. Erosión y Desertificación. *Ciudad y Territorio*, Volumen III, nº 105, otoño de 1995. Ed Ministerio de Obras Públicas Transporte y Medio Ambiente, 1995.

ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Georgina. Informe para el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Madrid, 2008. Texto disponible en: [http://www.mma.es/secciones/biodiversidad/desarrollo\\_rural\\_paisaje/paisaje\\_rural/pdf/Situacion\\_montanas.pdf](http://www.mma.es/secciones/biodiversidad/desarrollo_rural_paisaje/paisaje_rural/pdf/Situacion_montanas.pdf).

BARREIRO CUSTODIO, Helita. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Ed Millennium, 2005.

CANELÓN PÉREZ, Jesús Eduardo. El Juez de Aguas, una forma tradicional de organización de los trabajadores agrícolas para la distribución del agua de riego. *Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, mayo-agosto 2005, vol. 15, número 043 Universidad de los Andes Mérida, Venezuela, 2005, p.153-186.

DEL SOLAR ORDÓÑEZ, Juan José. Ley de Agricultura de Montaña ante el Tribunal Constitucional. *Revista Agricultura y Sociedad*. nº42, 1987, p.203 y ss.



DEUTERONOMIO (5:2:1 - 5:2:25).

DIAZ CASSOU, Pedro. *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia*, con las Ordenanzas de 1849 y las de 1888. Madrid: Ed Maxtor, 2005.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*. Valencia: Artes Gráficas Soler S.A., 1972.

GINER BORA, Vicente. *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. Valencia: Generalitat Valenciana, 1995.

IZA, Alejandro; ROVERE, Marta Brunilda. *Aspectos jurídicos de la conservación de glaciares*. UICN, Gland, Suiza. UICN Serie de Política y Derecho Ambiental nº 61, 2006.

LASANTA, Teodoro; VICENTE SERRANO, Sergio. Evolución del paisaje en la montaña submediterránea durante la segunda mitad del siglo XX: un caso de estudio en la cuenca del Juberá (La Rioja). Zubía Monográfico, *Revista de ciencias*, nº 13, Madrid, 2001.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas, 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

MEDINA CORRECHER, Eduardo. Aproximación teleológica a la legislación protectora del palmeral de Elche. En: Nuestro suelo no urbanizable, una nueva década. *Cuadernos de Urbanismo*, nº3, Universidad de Alicante. Master en Urbanismo. Alicante 1991.

PLAN GENERAL DE ELCHE 1998. *Plan General de Elche 1998*. Aprobado por Resolución del Conceller de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de 25 de mayo de 1998.

PELISSERO, Norberto; FORGIONE, Claudia; PELEGRÌN, Maricel. *El agua hace su camino*, Juez de Aguas y sistemas de riego en los Andes del Noroeste argentino. Editor responsable: Raúl Lavalle. Series Huasamayo, 2007.

RINALDI, Gustavo. Breves consideraciones sobre la reciente reglamentación de la ley 26639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y el ambiente periglacial. *Revista de Derecho Ambiental*, nº26, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007.

RODRÌGUEZ, Leonardo G. Ley 26639 (presupuestos mínimos para la protección de glaciares): el impacto a la minería y su controvertida constitucionalidad. *Revista de Derecho Ambiental*, nº25, enero-marzo 2011, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

SAN LUCAS (4.1 – 4.3).

SVAMPA, Maristella; GIRAUD, Marcelo. Tenemos derecho a los glaciares. *Diario Clarín*. Buenos Aires. Edición del 27 de septiembre de 2010, nº 23.262, p.17.

---

**Recibido em:** 20/04/2020

**Aprovado em:** 14/05/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

MOREL, Juan Claudio. Paisajes extremos y legislación aplicable. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.13-38, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/11/DIR41-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# UNA PROPUESTA MULTIGARANTISTA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE (MAL)-TRATA DE PERSONAS <sup>1</sup>

## A MULTIGARANTIST PROPOSAL FOR HUMAN RIGHTS IN THE FIELD OF (EVIL)-TRAFFICKING IN PERSONS

David Sánchez Rubio<sup>2</sup>

**RESUMEN:** En este trabajo vamos a intentar combinar y proyectar esta idea relacional, práctica, activista, “cotidianista” y socio-material de los derechos humanos, para enfrentar a uno de los delitos más execrables y más graves que hoy en día, en el contexto global y planetario, colocan en jaque, ponen a prueba y suponen un reto a nuestro sentido de la humanidad y a esa supuesta universalidad de los derechos humanos que muchos decimos defender: nos referimos al delito de la trata de personas. Se ofrecerá como instrumento para enfrentarlo una propuesta multigarantista, pluriespacial y heterodimensional de derechos humanos como camino para una mayor efectividad de los mismos.

**Palabras clave:** derechos humanos; trata de personas; garantías; eficacia.

**ABSTRACT:** In this work we are going to try to combine and project this relational, practical, activist, “everyday” and socio-material idea of human rights, to confront one of the most execrable and most serious crimes that today, in the global and planetary context, they put in check, put to the test and suppose a challenge to our sense of humanity and to that supposed universality of human rights that many of us say we defend: we refer to the crime of human trafficking. A multi-guarantor, multi-spatial and heterodimensional proposal of human rights will be offered as an instrument to face it as a way to make them more effective.

**Keywords:** human rights; trafficking in persons; guarantee; effectiveness.

---

<sup>1</sup> Trabajo reformulado del artículo realizado en el marco del proyecto “Trata de personas, género y migraciones en Costa Rica, Marruecos y Andalucía: por una defensa multi-garantista y multi-espacial de derechos humanos” (Código: 2016SEC012), Coordinado por Pilar Cruz Zúñiga y Nuria Cordero. Aparece la primera versión en Nuria Cordero Ramos y Pilar Cruz Zúñiga (Eds.), *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Dychinson, 2019, p.21-35.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho. Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla (España)

## **1 INTRODUCCIÓN**

En este trabajo vamos a intentar combinar y proyectar esta idea relacional, práctica, activista, “cotidianista” y socio-material de los derechos humanos, para enfrentar a uno de los delitos más execrables y más graves que hoy en día, en el contexto global y planetario, colocan en jaque, ponen a prueba y suponen un reto a nuestro sentido de la humanidad y a esa supuesta universalidad de los derechos humanos que muchos decimos defender: nos referimos al delito de la trata de personas que denominaremos mal-trata de personas para no neutralizar la carga de sufrimiento e injusticia que implica para quienes lo padecen y que, en función de lo señalado por el Protocolo de Palermo, se ramifica en, al menos, varias modalidades como son la mal-trata de personas con fines de explotación sexual, la mal-trata con fines de explotación laboral (trabajo esclavo y formas análogas a la esclavitud), mal-trata con fines de tráfico de órganos o mal-trata con la intención de negociar matrimonios forzados y, por último, también para mercadear y hacer negocio con la mendicidad. Nos encontramos con una de las expresiones de violación de derechos más extrema y grave con la que se humilla, denigra y veja a muchos seres humanos, en un contexto internacional y global de migraciones y movilidad humana precario, adverso, difícil y en la mayoría de las ocasiones forzado para las personas migrantes. Con ello intentaremos contribuir para que haya un cambio necesario entre los estados, los poderes públicos y la sociedad civil para que enfrenten con más contundencia el delito de mal-trata de personas y, por qué no, se hagan más responsables para una mejor acogida y asistencia, un mayor respeto y un mejor tratamiento de la población migrante que, por las circunstancias de sus desplazamiento, son muy vulnerables y muchas son víctimas de engaño, uso de la fuerza, amenaza, abuso de autoridad, secuestro, explotación y otras violencias diversas.

Aunque estas reflexiones y aportes son de carácter general, se tiene presente el contexto español, costarricense y latinoamericano, así como el marroquí y africano, en el marco del proyecto mencionado arriba, del que este trabajo es uno de sus frutos.

## **2 PROBLEMA COMPLEJO DESDE MIRADAS PLURALES: LÍMITES, ADVERSIDADES Y OBSTÁCULOS**

Debido a que la explotación y mal-trata de personas es un problema complejo y multidimensional, su tratamiento en perspectiva de derechos humanos también debe ser hecho de manera compleja, multidimensional e integral, siendo muy importante su enfoque interdisciplinar e interinstitucional. No es un asunto exclusivamente jurídico, normativo y policial que solo debe ser gestionado por los aparatos estatales y las instancias internacionales. Implica la actuación de toda la sociedad, de muchos otros actores individuales y colectivos propios del mundo privado y de la sociedad civil, de muchas otras instancias no jurídicas como ONG, asociaciones, grupos sociales, comunidades de vecinos, escuelas, universidades, etc., y en donde se mezclan elementos políticos, económicos, sociales, psicológicos, antropológicos, culturales, pedagógicos y educativos. Asimismo, los contextos geográficos y culturales diversos en los que se desarrollan los delitos de mal-trata de personas, condiciona y modula su abordaje, su comprensión y su tratamiento. No es igual, por ejemplo, la realidad brasileña, que la marroquí o que la realidad costarricense o la realidad española. Pero sí es importante el modo como creemos que hay que concebir, pensar y practicar derechos humanos, no solo a nivel general, sino también a nivel particular con respecto a la mal-trata de personas y sus distintas manifestaciones.

Por lo general, derechos humanos suelen ser entendidos como una serie de facultades



y libertades que en forma de derechos son reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y declaraciones basadas en valores como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la dignidad que tienen su fuente en la naturaleza o la condición humana.<sup>3</sup> Asimismo, derechos humanos guardan relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente. Estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y re-significar a las instituciones socialmente producidas.

En este sentido, podemos deducir cinco elementos como partes de la estructura de derechos humanos<sup>4</sup>:

a) La reflexión filosófica o dimensión teórica y doctrinal, siendo múltiples las concepciones filosóficas iusnaturalistas, iuspositivistas, realistas y socio-materialistas que reflexionan sobre su fundamento, su naturaleza, sus características y su origen histórico. Vendría a ser la teoría sobre lo que se dice acerca de los derechos humanos.

b) El reconocimiento jurídico-positivo e institucional a nivel nacional e internacional que objetiva las demandas populares en forma de valores y principios (dignidad, igualdad, libertad). Los estados constitucionales de derecho recogen en sus normas fundamentales aquellos derechos humanos considerados fundamentales (Constitución española 1978). A nivel internacional, entre otros, está la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los pactos de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, así como toda la normativa nacional e internacional que en relación a la trata de personas se han declarado, con el Protocolo de Palermo a la cabeza (Convención de NN.UU. contra el Crimen Organizado Transnacional del año 2000 y sus Protocolos de 2004).

c) La eficacia y efectividad puede ser por medio de garantías jurídico-estatales (políticas públicas y sentencias judiciales, junto con las acciones policiales de prevención, persecución y tratamiento de las víctimas con cada delito); garantías jurídicas no estatales (vistas desde un paradigma de pluralismo jurídico y relacionado con colectivos o grupo organizados de la sociedad civil); y a través de garantías sociales, culturales, relacionales no jurídicas (acciones cotidianas desarrolladas por la ciudadanía de carácter individual o colectivas, en cada espacio relacional y de convivencia cotidiano y diario, incluidas asociaciones de derechos humanos y ONG).

d) La lucha social como lucha colectiva desde los movimientos sociales; y la lucha individual cotidiana, vinculadas ambas con el reconocimiento y la satisfacción de las necesidades humanas. La lucha social es el ámbito del origen histórico de los derechos humanos realizado por demandas populares realizadas por movimientos sociales (de indígenas, de mujeres, de trabajadores/as y campesinos/as, de negros, de estudiantes, de gays y lesbianas, personas trans, sindicatos, etc.). Serían un conjunto de prácticas, acciones y actuaciones sociopolíticas, simbólicas, culturales e institucionales tanto jurídicas como no jurídicas, realizadas por los seres humanos cuando reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que les impide que puedan auto-constituirse como sujetos plurales y diferenciados.

---

3 PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6ª edición. Madrid: Tecnos, 1999.

4 SÁNCHEZ RUBIO, David. *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Akal, 2018.

Estarían muy vinculadas con modos de efectividad de derechos y caminos o técnicas de garantías.

e) La sensibilidad sociocultural que alude al conocimiento que la ciudadanía debe tener de sus derechos y de los derechos que poseen todos sus semejantes, sean personas cercanas o lejanas y/o extrañas, para defenderlos y hacerlos reales en cada espacio social de convivencia.

Si proyectamos estos cinco elementos que estructuran y conforman derechos humanos sobre el delito de trata y sobre las personas víctimas de mal-trata, nos encontramos con diversos problemas interrelacionados e igual de importantes que nos pueden servir como expresiones de los caminos a seguir para enfrentarlos desde diversos modos y mecanismos de acción con los que enfrentar un grado deficiente, reducido, mínimo y limitado de reconocer derechos humanos a las víctimas de mal-trata. También nos permitirá aplicar y proyectar el modo complejo, maximalista, relacional, cotidianista y socio-material de entender derechos humanos:

1) En primer lugar, pese a que en el siglo XXI ha habido un incremento de la normativa, las acciones y medios emprendidas por muchos estados, organizaciones nacionales e internacionales y por grupos y asociaciones de la sociedad civil para perseguir a los autores del delito de trata y para atender a las personas mal-tratadas o que son objeto de trata, no son suficientes las medidas desarrolladas y aplicadas. Hay una política restrictiva por parte de los estados, pese a algunas colaboraciones puntuales, además de que los marcos normativos nacionales suelen ser muy adversos y poco sensibles a la situación de los migrantes irregulares en general y poco receptivos con respecto a las víctimas de mal-trata. Incluso al ser un delito de dimensiones globales y mundiales, se hace necesaria una mayor articulación interseccional y multidisciplinaria con enfoques y metodologías diversas que incrementen la eficacia de las normas no solo internacionales, sino principalmente nacionales, con una mayor infraestructura institucional preocupada no solo en perseguir el crimen organizado transnacional, sino más atento en apoyar, asistir, acompañar y reconocer la dignidad de las personas victimizadas por este tipo de delitos.

2) Seguidamente, en segundo lugar, tal como hemos dicho, no estaría mal tampoco enfocar el problema de este modo de explotación desde una perspectiva más holística, integral y estructural, atendiendo a sus causas previas y a sus consecuencias durante todo el proceso de captación, secuestro-traslación y venta o ejecución del delito, evitando el logro reducido y azaroso que de manera insuficiente y estrecha se consiguen con las políticas públicas y policiales que se limitan a perseguirlo solo en alguna de sus fases, y que suelen ser aquellas relacionados con la comisión del delito, desentendiéndose o no llegando a la raíz del problema mucho antes del acto delictivo de mal-trata.

En este sentido estaría bien analizar y atacar toda la cadena productiva con todos los beneficiarios por este modo tan denigrante de explotación en todas sus dimensiones y escalas locales, nacionales y globales, siempre conectadas. Aquí están incluida la necesidad de perseguir el dinero que se genera con su blanqueo y posterior reinversión en los paraísos fiscales o en distinto tipo de inversión en asuntos considerados más normales y provechosos socialmente por su generación de riqueza e incremento del crecimiento económico de cada país. Habría que sancionar y enjuiciar a los diversos actores que participan y son cómplices de ello, siendo conscientes de lo difícil que es combatir este tipo de actos delictivos.

3) En tercer lugar, existe una cultura muy adversa y prejuiciosa sobre el mundo relacionado con la mal-trata de personas que se suele proyectar sobre sus víctimas. El contexto previo de vida en el que se encuentran antes de ser captadas, está lleno de situaciones remarcadas de vulnerabilidad por razón de pobreza, marginalidad y violencia racial, de género, etaria, socio-material, religiosa, etc., acentuándose la gravedad de su no reconocimiento digno como seres humanos cuando son engañadas, secuestradas y mercantilizadas para ser abusadas sexual y laboralmente. No se les permite y se les anula la posibilidad de ser sujetos con capacidad de dotar de sentido a sus propias realidades y hacer y deshacer mundos diversos y múltiples en función de sus propios proyectos autónomos de vida. Además, el carácter clandestino que posee esta forma de explotación, muy enmarcada con la industria del sexo, el mundo de la droga y en un contexto considerado pecaminoso, sucio, degradante, infrahumano, oscuro y negativo, se suele proyectar como si fueran responsables y culpables sobre las mismas mujeres, menores y adolescentes, personas trans y hombres maltrados y mercantilizados.

Socialmente se les re-victimiza, no solo por su condición racial, su origen geográfico (países del Sur vistos desde una colonialidad discriminatoria), su situación de ilegalidad, su pobreza existencial y social que les fuerza a buscar una vida mejor, su condición sexual y de género, sino también por no ser reconocidos como sujetos incluso cuando se les rescata de su secuestro y esclavitud vital pese a y debido al sufrimiento psíquico y físico que han padecido y padecen desde sus países de origen. Son múltiples los prejuicios y las discriminaciones por parte de los aparatos judiciales, policiales y ciudadanos que llegan a criminalizar a las víctimas. Asimismo, muchas son las personas que indirectamente participan como clientes de la industria del sexo y la prostitución, siendo, por ello, consumidores que toleran y promocionan de alguna manera implícita estos delitos de explotación.

4) Finalmente, en cuarto lugar y con respecto a derechos humanos, a nivel oficial y general y también en la cultura jurídica, predomina un imaginario demasiado formalista, teórico, jurídico-positivo por normativista, burocrático, delegativo, punitivo y pos-violatorio de derechos humanos que produce una insuficiente protección y garantía. Ya hemos comentado que cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la vida, la igualdad y la solidaridad. Los derechos humanos aparecen así como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación, como realidades ajenas a nuestro día a día a las que acudimos en situación de excepcionalidad o que, mecánicamente creemos que están ahí para agarrarlos cuando nos sentimos conculcados u ofendidos en nuestra dignidad.

En la misma línea, las garantías que los hacen efectivos se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas, acciones policiales o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana en tanto fuente de las violaciones de los derechos. Por uno u otro motivo, se acaba por potenciar una cultura burocrática, funcionarial y normativista que reduce y encorseta la fuerza presencial e instituyente de cada ser humano, ya que nuestros derechos, desde la totalización de esas dimensiones, únicamente se garantizan cuando una norma los positiviza y cuando un cuerpo de funcionarios pertenecientes al estado o voluntarios de ONG, los hacen operativos

entre reflexiones doctrinales de apoyo, dándoles curso a través de garantías concretizadas por medio de políticas públicas, acciones humanitarias y sentencias. Desde esta óptica instituida de los derechos humanos, se delega íntegramente en determinados especialistas, técnicos e intérpretes la capacidad de saber si estamos o no estamos protegidos cuando se nos viola nuestra dignidad, nuestra libertad o nuestras condiciones de vida y, además, tendemos a reducir su efectividad solo cuando un tribunal posee la sensibilidad interpretativa de garantizarlos. Asimismo, tenemos la sensación de que la existencia de un derecho humano se manifiesta y aparece, en el instante en el que es violado o vulnerado, hecho que permite la apertura de los procedimientos desarrollados en los circuitos de la administración de justicia y sus instancias policiales de apoyo judiciales.<sup>5</sup>

Además, hay que ser conscientes, que los recursos estatales y públicos suelen ser muy limitados y la infraestructura policial y judicial se precariza y debilita en un contexto actual global en el que predominan los recortes, la austeridad y las privatizaciones. La persecución al crimen organizado y la atención y asistencia a las víctimas es muy pequeño, puntual e insuficiente. Tampoco hay que olvidar que actualmente existe una tendencia, fruto del neoliberalismo y el capitalismo corporativo que mercantiliza todo lo que toca y todas las parcelas de la vida animal, vegetal y humana, a pensar que los derechos humanos son una especie de don o regalo que se otorgan benéficamente a quien se lo merecen en función de la sensibilidad y benevolencia de quienes dan y retiran la mano a su antojo.<sup>6</sup> Si hay financiación y presupuesto público, hay mayores opciones de destinarlo a proteger y garantizar algunos derechos, dependiendo del grado de voluntarismo que se posea.

Pese a todo, podemos afirmar que se obtienen resultados positivos desde este modo de proceder y pensar, como se ha podido comprobar con las conquistas logradas por los estados constitucionales de derecho y el modelo de estado de bienestar desde el reconocimiento de los derechos individuales y los derechos sociales a gran parte de la ciudadanía de los países del capitalismo central y, en menor medida, incluso siendo un privilegio para una minoría, para los nacionales de los países del capitalismo dependiente o del Sur global. Pero también ha habido consecuencia o resultados muy negativos. Y una de ellas radica en el concepto minimalista, oficial e institucionalizado que está extendido en la cultura social y popular a nivel general y que, de una manera clara y nítida, se manifiesta con el delito de mal-trata de personas, pese a que haya muy buenas intenciones y una alta sensibilidad por combatirlo. Por medio de este imaginario reduccionista, el efecto expropiatorio y de secuestro tanto de la capacidad de lucha instituyente de cada ser humano como sujeto concreto, como de la acción social y cotidiana que podemos desplegar, es manifiesta. Se hace hegemónico e implica un debilitamiento y una anulación del ejercicio autónomo colaborativo del poder por parte de la sociedad civil, aun siendo ciudadanos miembros de un estado, al despolitizarse sus capacidades y no reconocerse su poderío instituyente y garante de derechos humanos. Pero se acentúa a la enésima potencia en quienes no son reconocidos ni como ciudadanos ni como sujetos empoderados por los contextos de sufrimiento, barbarie, injusticia, humillación y explotación en lo que viven, como son inmigrantes precarios, mujeres, hombres y menores objeto de mal-trata.

Porque derechos humanos es una praxis constante que posibilita a cada persona ser sujeto creador y recreador de realidades múltiples y plurales en todo momento y en todo lugar,

---

5 SÁNCHEZ RUBIO, David. *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Akal, 2018.

6 ZAGREBELSKY, G. *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*. Madrid: Trotta, 2017.

al menos, así deberían considerarse. Es una labor en la que todos estamos implicados, como ciudadanos, como policías, como operadores jurídicos, como voluntarios, como humanos. No lo entendemos únicamente como instancias axiológicas o normativas que moran o residen distantes de nosotros en la azotea de nuestras casas o en el piso de arriba, o en los estrados, los sillones y en las oficinas de los tribunales de justicia o en los parlamentos, las asambleas legislativas o los congresos de los diputados nacionales, regionales o internacionales. Tampoco es asunto exclusivo de la policía y su capacidad punitiva y sancionadora. Más bien deberían concebirse como prácticas que desarrollamos todos los días, desde que nos levantamos y desayunamos, en nuestros mismos hogares y a través de nuestras relaciones cotidianas con nosotros mismos y nuestros semejantes, junto con la naturaleza, y que deberían tener como respaldo a las instituciones estatales y públicas de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo con sus ordenamientos e instancias normativas y policiales de carácter nacional e internacional, apoyadas por organismos supraestatales. La teoría escrita y normada sobre derechos humanos objetivados y respaldados institucionalmente debe ir de la mano de una práctica multi-garantista, pluri-espacial, multi-escalar, hetero-activa e inter-dimensional a todos los niveles y desde todas las relaciones humanas.

En los contextos de mal-trata de personas hay que buscar los medios, las acciones y las políticas que permitan que las víctimas sean reconocidas como sujetos dignos en cada parte del proceso en el que se encuentran, desde mucho antes de ser secuestradas, engañadas y forzadas y una vez que son rescatadas. Por ello hay que combinar muchas acciones y actuaciones que varían y se modulan en función de cada contexto, pero sabiendo que hay que complementarlas interrelacionalmente y desde un compromiso maximalista de derechos. Veamos algunos posibles caminos.

### **3 UNA PROPUESTA MULTI-GARANTISTA, PLURI-ESPACIAL, HETERO-ACTIVA, MULTI-ESCALAR E INTER-DIMENSIONAL**

En este proyecto costarricense-español-marroquí, partimos de la idea de que los derechos humanos los entendemos como bienes jurídicos y no jurídicos con los que se posibilita al ser humano acceder, concretizar, realizar y hacer realidad la satisfacción de sus necesidades y el disfrute de una vida digna de ser vivida. Las luchas sociales, individuales y colectivas, junto con las instituciones (estado, mercado y comunidad) articulan medios, modos, caminos y opciones diversas que concretizan a los derechos humanos en su relación con los valores de igualdad, libertad, solidaridad y vida. Los derechos humanos guardan relación con la capacidad de que todo ser humano sea reconocido como sujeto, sin ser inferiorizado, despreciado, marginado o humillado por razones raciales, sexuales, de género, socio-materiales o de clase, etarias, religiosas, etc. Mediante ellos, se posibilita y garantiza la capacidad individual y colectiva de todos, sin excepciones, de poder crecer en autoestima, autonomía y responsabilidad.<sup>7</sup> Desde el pensamiento de liberación, Franz Hinkelammert lo resume muy bien con una convicción ética que sirve de criterio de discernimiento y expresa un compromiso y una fe fuerte por el ser humano con nombre y apellidos, corporal y concreto, no abstracto: que siempre el ser humano sea el ser supremo para el ser humano.<sup>8</sup> Los derechos humanos serían uno de los principales vehículos para encaminar esta fe humanista.

Asimismo, la práctica y la lucha por los derechos serían modos diversos de enfrentar

---

7 GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Francisco Gómez Editor, 2007.

8 HINKELAMMERT, Franz. *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para la discusión*. San José: Editorial Arlekin, 2007.



los excesos de las distintas expresiones de poder que inferiorizan, excluyen o matan, funcionando como límites y procedimientos y procesos de contención y confrontación en contextos de mayor riesgo, precariedad y violencia, pero también los derechos humanos se complementan en sus procesos de lucha con el desarrollo de acciones que permiten sus disfrutes y sus goces, momentos en los que somos sujetos más plenos y empoderados, desde entornos cotidianos y convivenciales más pacíficos y tranquilos, pero que también pueden desenvolverse, según los sujetos, en situaciones de mayor o menor precariedad, pese a la normalidad aparentemente establecida. Ahí entran tanto instancias normativas, procedimentales, institucionales, argumentativas, espirituales y medios diversos, como las tramas sociales y el conjunto y entornos de acciones y relaciones que desde un plano socio-material los hacen factibles, efectivos, reales y disfrutables.

Por esta razón la defensa y protección de los derechos humanos de las personas victimizadas debe ser prioritario, pero con el objetivo de posibilitar su empoderamiento participativo y como seres autónomos, teniendo en cuenta las características de los grupos vulnerables (género, raza, etnia, clase, edad), es decir, por su condición de género (mujeres o personas trans), socio-material (precariedad existencia de vida), etaria (menores) y racial (etno-cultural).

No es solo un problema de perseguir a los responsables del delito (traficantes y tratantes), sino también de prevención y atendimento y acompañamiento de las personas que son objeto de mal-trata, con la finalidad de que ganen autoestima, adquieran poderío identitario (personal, individual y colectivo) y puedan caminar como sujetos no vulnerabilizados y así romper la espiral de violencia y re-victimización que experimentan.

Para ello proponemos como un posible camino o vía de solución inacabable, entre otros muchos, una cultura pensada y practicada de derechos humanos que sea multi-garantista, pluri-espacial, hetero-activa, multi-escalar e inter-dimensional. Pretendemos combinar, complementar e interrelacionar una perspectiva colaborativa y dialogal entre la dimensión preventiva y pre-violatoria de los derechos humanos con la post-violatoria, reduciendo la represión sobre las víctimas e incrementando su acompañamiento, ayuda y asistencia, desde el respeto y la horizontalidad de las relaciones.

1) Multi-garantista porque alude al conjunto de acciones, actuaciones, relaciones, comportamientos y medios que son necesarios para hacer reales y factibles los derechos humanos. Todo ello en materia de salud, atención psicológica, proporción de vivienda y posibilidad de vivienda permanente, seguridad personal, atención cultural y traducción en el idioma de las víctimas, etc. Se refieren a la dimensión de la eficacia y la efectividad que se pueden concretizar en ámbitos de sociabilidad, relaciones o tramas sociales y las articulaciones y usos de medios en ámbitos pre-violatorios (antes de que se violen) y también post-violatorios de derechos (después de su violación).

La noción multi-garantista consiste en mecanismos e instrumentos de garantías tanto jurídico-estatales (por medio de políticas públicas y sentencias judiciales apoyadas policialmente) y a través de garantías de carácter social, cultural tanto individuales como colectivas que pueden ser desarrolladas en colaboración con las instituciones del estado o independientemente de la intervención del estado. En ambos casos, los sujetos o actores protagonistas de estas garantías sociales son ONG, asociaciones de derechos humanos, universidades, sindicatos, movimientos sociales y también por las acciones cotidianas desarrolladas por la ciudadanía en cada espacio relacional y de convivencia.



2) Las multi-espacialidad alude a los lugares sociales y campos relacionales en los que se desarrollan las actuaciones de atención, acompañamiento y asistencia a las víctimas. En cada esfera social (dependencias judiciales y policiales, ONG, asociaciones, comunidades de vecinos, hospitales, ambulatorios, oficinas de asesoría, etc.) aparecen acciones y luchas individuales y colectivas que también pueden implementar mecanismos de garantía, mediante la movilización, la reclamación y la acción de los movimientos sociales que sensibilizan, trascienden y cuestionan los límites a la dignidad humana. Las acciones y las luchas individuales se expresan en la vida diaria y en los entornos cotidianos en los que la gente convive y reacciona como pueden ser el espacio íntimo, en el espacio doméstico, en el mundo del trabajo, en el ámbito de la ciudadanía, en el mundo del mercado.

Por esta razón, el multi-garantismo lo es a nivel pluri-espacial, en todos los entornos relacionales sociales, no solo en el ámbito estatal y jurídico-positivo que no dejan de ser importantes y necesarios. De ahí la irrenunciable colaboración y coordinación entre todos los actores preocupados por enfrentar la trata de personas, capacitando, enseñando, concientizando y sensibilizando a la sociedad para que todos se impliquen en el conocimiento de este problema y en su reacción contraria a su comisión desde las propias actitudes y relaciones y los propios comportamientos de no desprecio, no rechazo, no discriminación ni interiorización de ningún tipo.

Las relaciones humanas por su condición ambivalente y contradictoria, modula los niveles de reconocimiento, efectividad y garantía de los derechos, siendo muchas las variables que influyen y condicionan, pero el nivel de realidad para que una persona sea sujeto digno debe estar siempre presente y hacerlo posible en sus condiciones de factibilidad. Los distintos grados para ser sujeto no victimizado serán menores o mayores según los casos, pero la actuación de respeto, horizontal, de reconocimientos mutuos, y solidaria, ayudará a su incremento.

3) La hetero-actividad y la multi-dimensionalidad aluden directamente a esa práctica de los derechos humanos a tiempo completo y en todo lugar a la que aludíamos al principio, pese a los altibajos y las adversidades. Son prácticas que desarrollamos todos los días, desde que nos despertamos y amanecemos, en nuestros hogares, a través de nuestras relaciones cotidianas con nosotros mismos y nuestros semejantes, junto con la naturaleza. También son el respaldo social fuera y dentro de las instituciones estatales y públicas de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo con sus ordenamientos e instancias normativas y policiales de carácter nacional e internacional, apoyadas por organismos supraestatales. El hacer y actuar ciudadano, la praxis inacabada y permanente de los derechos por parte de cada uno/a de nosotr@s en nuestra convivencia diaria, seamos o no seamos profesionales del derecho u operadores jurídicos, son maneras como lograr que la dignidad humana sea una realidad efectiva y real para tod@s. La cotidianidad práctica multidimensional, espiritual y corporal, simbólica y vivencial, plasma los reconocimientos sobre los que se cimentan las garantías y la puesta efectiva, continua, concreta y expresa de los derechos.

Por el contrario, violar y conculcar derechos no es solo de delincuentes. Todos contribuimos a ello cuando practicamos acciones y las actuaciones contrarias a la dignidad humana.

4) Los derechos humanos también deben verse desde un punto de vista geopolítico y geográfico y a un nivel pluri-escalar, ya que se implementan y condicionan a nivel local, regional, nacional e internacional, debiéndose coordinar los distintos sujetos, organismos, instituciones y colectivos que pueden efectivizarlos desde una praxis de reconocimiento pre- y post-violatorio local, nacional, internacional y global.

Finalmente, son muchas las posibles opciones y alternativas para enfrentar la maltrata y sus concreciones. Nosotr@s proponemos una, sabiendo de su insuficiencia y sus obstáculos. Es importante percibir y reflexionar sobre los límites que los ordenamientos jurídicos poseen para efectivizar los derechos de los seres humanos en general y de las mujeres en particular, por ser la mayoría de víctimas, que son vulnerados sistemáticamente en contextos de asimetrías y desigualdades estructurales. El tráfico y mal-trata con secuestro de personas por razones sexuales, el trabajo esclavo y la prostitución forzada podrían ser enfrentados con mayor contundencia y posibilidades de éxito, en una lucha sin fin, si se ampliara el campo de acción atacando y transformando esa división global desigual de las relaciones que en lo racial, en lo sexual, en lo socio-material, en lo etario y en lo cultural se manifiesta sobre el hacer, el saber, el estar y el ser humanos.

No solo el campo de lucha se puede desarrollar a un nivel de reconocimiento de normas jurídicas de carácter nacional e internacional, junto con las actuaciones de instituciones estatales y de la sociedad civil a través de ONG. Tal como hemos dicho, hay que actuar desde diversos frentes simultáneamente, tomando en serio el problema pluri- y trans-escalarmente. Resulta fundamental el avance que supone el hecho de que la trata de personas sea reconocida como delito de lesa humanidad. La existencia del *Protocolo de Palermo* ayuda algo, y su artículo 3 define lo que es la trata de personas y en él, el trabajo esclavo y la prostitución forzada son dos de sus fines que hay que perseguir internacionalmente.<sup>9</sup> No obstante, se han señalado algunas de las carencias y limitaciones del *Protocolo* y que giran en torno a la poca voluntad de los gobiernos por perseguir este tipo de delitos en sus diversas versiones, ya que ha sido ratificado por pocos estados. También hay que cuestionar y criticar la faceta invasiva que sobre las víctimas o personas vulnerables tiene en la práctica, no siendo así contra los autores de los crímenes.<sup>10</sup> Por ello hay que buscar medidas que ataquen las causas y no los síntomas del trabajo esclavo con fines sexuales y la prostitución forzosa. Hay que ir contra los criminales organizados internacionalmente y contra esa lógica mercantil y rentable que los empuja a actuar con sus perversidades. Se debe buscar las causas y los contextos que provocan la trata de personas, y se deben tomar medidas para evitar no solo el consumo sexual, sino principalmente para impedir que los prostituyentes y tratantes se salgan con la suya.

En ese paisaje pluri-escalar, multi-garantista y multi-dimensional de enfrentamiento, hay que superar el excesivo enfoque estatalista que se da a los derechos humanos y a sus sistema de garantías. Hay que implicar a toda la sociedad civil para que ésta perciba su grado de responsabilidad y se conciencie de que es mucho lo que puede hacer para no contribuir a tolerar ni a ser clientes potenciales y consumidores del mundo de la prostitución, ni de aquellos productos generados en condiciones infrahumanas de trabajo. Insistir que es por esta razón que los derechos humanos deben ser percibidos como procesos de lucha individuales y colectivos diarios, constantes, a todos los niveles, que se implementan en todo momento y en todo lugar y que se hacen y construyen (y se deshacen y se destruyen) a partir de los modos de acción y los comportamiento que la gente, día a día, desenvuelve en cada espacio social en el que se mueve. No son solo instancias formales reconocidas normativa y judicialmente que se efectivizan por la acción de las instituciones estatales. Son tramas de relaciones y acciones de acompañamiento, de respeto, de apoyo, de reconocimientos mutuos, de solidaridades, de comportamientos con las que todo ser humano es reconocido como

---

9 CORDERO, Nuria; CRUZ ZÚÑIGA, Pilar; SOLÓRZANO ALFARO, Norman (Coords.) *Trata de personas, dignidad y derechos humanos*. Sevilla: Arcibel, 2012.

10 CRUZ ZÚÑIGA, Pilar. "Inmigración y discriminación: el abordaje de la víctima por el Estado y las instituciones internacionales". En: CORREA BORGES, P. (Orgs.) *Tráfico de pessoas para exploração sexual ou trabalho sexual*. Sao Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2013.

sujeto plural y diferenciado. La mayoría de ellas operan en lugares, espacios y tiempos que son anteriores a la violación de los derechos, son pre-violatorios, ya que contribuyen a que los derechos sean realidad, generando condiciones dignas de trabajo, impidiendo justificaciones mercantiles rentables en el mercado del sexo... No funcionan los derechos humanos después de que han sido violados<sup>11</sup>, aunque también haya que implementar relaciones emancipadoras en estadios post-violatorios de derechos humanos.

Las políticas públicas tienen que coordinarse, junto con la participación ciudadana, en la atención debida y adecuada a las víctimas, ya de por sí humilladas y vilipendiadas por ser prostituidas tras ser forzadas y obligadas a ello con violencias diversas. Se deben crear las condiciones para que las personas vulneradas recuperen su autoestima, su autonomía y su dignidad quebrada desde que son anuladas en su libertad. Hay que financiar programas multidisciplinarios duraderos y consistentes para que no se estigmatice a las mujeres victimizadas, ni tampoco para que se las re-victimice.<sup>12</sup>

También desde la acción conjunta de todos, los distintos programas de recuperación de humanidad tienen que ofrecer un material que sirva para empoderarlas y poder crear una cultura realmente anti-patriarcal, anti-sexista, anti-crematística, no colonial y emancipadora. Porque si existen superposición de opresiones e intersticiales, transversales y en red, igualmente las actuaciones emancipadoras y liberadoras deben ser multi-escalares, articuladas en tramas y redes de complementación a través tanto de las instituciones del estado y el cuerpo de funcionarios, como de la propia sociedad civil y el pueblo en un sentido más abarcador.

No hay que dejar de percibir la importancia que tiene la sociabilidad humana sobre la que articulamos nuestros comportamientos y que se desenvuelve en todos los lugares sociales desde dinámicas de asimetría y desigualdad. Existe de manera natural y normalizada, un sistema de valores y una división sexual, étnica, racial, de género y de clase que bajo una apariencia de libertad es estructuralmente desigual, colonial y asimétrica. Transversalmente, sobre esa sociabilidad predomina una cultura economicista, formalista, machista, sexista y patriarcal interiorizada, que no solo opera con simples prejuicios. En cierta manera nos encontramos con una doble, una triple y hasta una plural superposición de opresiones, que opera también a diferentes escalas y que debemos publicitar para tomar conciencia crítica y para poder transformarla en un plano más profundo y estructural.

En este ámbito, el hacer y la acción ciudadana, la praxis de los derechos por parte de cada uno/a de nosotr@s en nuestra convivencia diaria, seamos o no seamos profesionales del derecho u operadores jurídicos, serían instancias y dimensiones nucleares para lograr que la dignidad humana sea una realidad efectiva, real y verdadera para tod@s. Sobre esa cotidianidad práctica productora de reconocimientos debería cimentarse las garantías y la puesta efectiva, continua, concreta y expresa de los derechos. Del mismo modo, violarlos y conculcarlos se debe a las acciones y las actuaciones contrarias a la dignidad humana, que implican un deshacer, la vulneración, el no reconocimiento de los mismos y una afrenta destructiva a la dignidad.

En definitiva, el delito de mal-trata de personas expresa plurales modos de dominación, ya que anula la libertad y la capacidad de quien la padece, de producir y significar la realidad en lo femenino y/o intersexual, en lo socioeconómico y en lo racial. Se hace prioritaria la difusión y el fortalecimiento de una cultura de confrontación de máximos y no de mínimos a todos los niveles, tanto en el campo jurídico e institucional como en el campo no jurídico y socio-popular, así como

---

11 SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

12 CRUZ ZÚÑIGA, Pilar. "Inmigración y discriminación: el abordaje de la víctima por el Estado y las instituciones internacionales". En: CORREA BORGES, P. (Orgs.) *Tráfico de pessoas para exploração sexual ou trabalho sexual*. Sao Paulo: Cultura Académica Editora, 2013.

en el ámbito tanto preventivo como pre-violatorio de los derechos humanos. Me refiero a la necesidad de visualizar esa división desigual de las relaciones humanas en lo racial, lo sexual y lo socio-material para transformarla: porque está apoyada en racionalidades que incorporamos en nuestro imaginario sin percibir sus efectos negativos y discriminadores. Hay que trabajar para que cultural y socialmente no haya ni sexismo, ni machismo, ni economicismo crematístico, ni racismo que funcionan como caldo de cultivo para utilizar y usar a los seres humanos en general y a las mujeres en particular, como objetos, muchos de ellos como mercancías con fines sexuales, sin consideración ninguna y sin dar importancia a su situación socio-históricamente producida de precariedad, falta de libertad, malvivir, culpabilidad, violencia e inferioridad.

## REFERÊNCIAS

CORDERO, Nuria; CRUZ ZÚÑIGA, Pilar; SOLÓRZANO ALFARO, Norman (Coords.) *Trata de personas, dignidad y derechos humanos*. Sevilla: Arcibel, 2012.

CORDERO RAMOS, Nuria; CRUZ ZÚÑIGA, Pilar (Eds.). *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Dychinson, 2019.

CRUZ ZÚÑIGA, Pilar. "Inmigración y discriminación: el abordaje de la víctima por el Estado y las instituciones internacionales". En: CORREA BORGES, P. (Orgs.) *Tráfico de pessoas para exploração sexual ou trabalho sexual*. Sao Paulo: Cultura Académica Editora, 2013.

GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Francisco Gómez Editor, 2007.

HINKELAMMERT, Franz. *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para la discusión*. San José: Editorial Arlekin, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6ª edición. Madrid: Tecnos, 1999.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos*. Sevilla: Mad., 2007.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Akal, 2018.

ZAGREBELSKY, G. *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*. Madrid: Trotta, 2017.

---

**Recebido em:** 20/05/2020

**Aprovado em:** 25/05/2020

## Como citar este artigo (ABNT):

RUBIO, David Sánchez. Una propuesta multigarantista de derechos humanos en materia de (mal)-trata de personas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.39-50, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/11/DIR41-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O RISCO DA FAUNA AMAZÔNICA BRASILEIRA E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES AÉREOS

## THE RISK OF BRAZILIAN AMAZON FAUNA AND CIVIL RESPONSIBILITY FOR AIR ACCIDENTS

Valmir César Pozzetti<sup>1</sup>  
Juliana de Carvalho Fontes<sup>2</sup>  
Adriana Carla Souza Cromwell<sup>3</sup>

**RESUMO:** Enquanto na quase totalidade das regiões brasileiras, o desenvolvimento social chega através da construção de aeroportos, portos, rodovias, ferrovias e outros, na região amazônica, em virtude da geografia ser diversa e não ser possível a construção de estradas, o principal meio de acessar a região é através da navegação fluvial e, o segundo meio é a navegação aérea. Dessa forma, o objetivo desta pesquisa foi o de analisar o impacto ambiental, bem como a responsabilidade civil, causados pelas consequências advindas de uma colisão entre aeronaves e a fauna, uma vez que a construção de aeródromos na região amazônica, implica em uma significativa interferência no meio ambiente, como a supressão da vegetação e o manejo da fauna, arrancada do seu habitat natural, sem o necessário manejo. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica e, quanto aos fins, qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que o gerenciamento do risco de fauna em aeródromos é uma tarefa complexa, fundamental e de sensibilidade pública, devendo haver um equilíbrio crescimento econômico e social com observância aos limites dos recursos naturais e sua preservação.

**Palavras-chave:** risco da fauna; aeródromos; colisão; responsabilidade.

**ABSTRACT:** While in almost all Brazilian regions, social development arrives through the construction of airports, ports, highways, railways and others, in the Amazon region, because the geography is diverse and road construction is not possible, the main means of accessing the region is through river navigation and the second means is air navigation. Thus, the objective of this research was to analyze the environmental impact, as well as the civil liability, caused by the consequences of a collision between aircraft and the fauna, since the construction of aerodromes in the Amazon region, implies a significant interference in the environment, such as the suppression of vegetation and the management of fauna, uprooted from their natural habitat, without the necessary management. The methodology used in this research was the deductive method; as for the means, the research was bibliographic and, as for the ends, qualitative. The conclusion reached was that the management of fauna risk in aerodromes is a complex, fundamental and publicly sensitive task, and there must be a balance between economic and social growth with respect for the limits of natural resources and their preservation.

**Keywords:** wildlife risk; airfields; collision; responsibility.

---

1 Pós doutor em Direito pela Universidade de Salerno/Itália. Doutor em Direito Ambiental/Biodireito pela Universidade de Limoges/França. Mestre em Direito Urbanístico e Meio Ambiente pela Universidade de Limoges/França. Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas e da Universidade do Estado do Amazonas.

2 Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Professora Voluntária da Universidade Federal do Amazonas.

3 Mestre em Direito Ambiental pela UEA – Universidade do Estado do Amazonas. Procuradora do Município de Manaus/AM.



## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental é o ramo do direito que cuida das relações entre o homem e o meio ambiente, a interação daquele com este e as consequências da atuação do homem, transformando e modificando o meio ambiente natural. Nesse sentido, o Meio Ambiente recebe diversas classificações didáticas para possibilitar um melhor estudo da temática, sendo que a classificação objeto desse estudo é a classificação em meio ambiente natural e artificial. Nesse sentido o Meio Ambiente Natural é aquele em a natureza ainda não sofreu a intervenção humana e, o Meio Ambiente Artificial é aquele em que a natureza já sofreu a ação e/ou modificação, pelo homem.

A proteção do meio ambiente deve ser garantida pelo Estado e por toda a sociedade, em busca do seu equilíbrio e preservação para as presentes e futuras gerações. As políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública, bem como todas as ações voltadas ao desenvolvimento nacional deveriam pautar-se em providências que estivessem sempre alinhadas ao meio ambiente protegido e equilibrado. Ou seja, deveria haver um desenvolvimento sustentável de todas as regiões do País e da sociedade, pois o meio ambiente em equilíbrio é necessário para manter a sadia qualidade de vida de todos.

Neste sentido, as construções de aeroportos devem obedecer ao mínimo de proteção e o máximo de respeito às regras ambientais. Muito embora essas construções sejam importantes no cenário do desenvolvimento regional, porque diminuem o isolamento entre as diversas localidades do País, há que se ter um olhar diferente às peculiaridades amazônicas; uma vez que a construção desses aeroportos modificam a paisagem natural e meio de vida dos animais que habitavam esses espaços, e provocam significativo impacto ao meio ambiente, uma vez que afetam diretamente um espaço geográfico que, até o momento, era o *habitat* da fauna e flora selvagens daquele lugar.

Há que se destacar que, muitas vezes, tais obras não são planejadas adequadamente pelo Poder Executivo e os devidos cuidados são, por vezes, desprezados nesse universo, sem o devido cuidado de translocação dos animais e o seu manejo; como por exemplo, a captura e transferências desses animais de um local adequado para outro não adequado, que não permitam a inserção de acordo com as necessidades específicas de cada espécie.

No Estado do Amazonas, seja na capital ou nas cidades do interior, onde muitas vezes o único meio de transporte são os aviões, costuma-se criar uma logística perigosa no entorno do aeroporto, isto é, com a ocupação desordenada do solo urbano, são construídos aterros mal planejados, vazadouros de lixo nas proximidades do aeroporto. Assim, a deficiente fiscalização da Área de Segurança Aeroportuária – ASA – quanto ao cumprimento de requisitos, como a feitura de cercas na parte operacional, acabam por se transformarem em agentes que acabam por facilitar, ou não evitar, o acesso de animais terrestres neste espaço aeroportuário.

Esses fatores tornam-se atrativos de alto potencial para diversos animais, de diferentes espécies - que tiveram seus espaços de moradia e alimentação invadidos sem a devida e necessária compensação – que, dessa forma, buscam espaços para se protegerem, alimentarem-se ou se reproduzirem. Esse processo de urbanização desordenada e a construção de lixões a céu aberto, bem como a proximidade com a floresta, atraem a fauna que, em busca de alimentos, avança para a pista, causando acidentes de diversas ordens e colocando a risco a vida dos animais e dos seres humanos, usufrutuários do transporte de aviação.

Neste contexto, essa pesquisa levanta um questionamento e reflexão acerca das causas e consequências de inúmeros acidentes que têm ocorrido em diversos aeroportos, tendo como consequências vidas da fauna silvestre ceifadas, um grande prejuízo financeiro e a não punição



dos agentes públicos, os quais por muitas vezes não observam as regras de segurança de voo a eles destinadas quando no exercício do serviço público de transporte aéreo.

São vários os casos de colisão de animais com aeronaves no espaço aéreo, ou de animais que se aninham nas turbinas dos aviões, causando prejuízos para as empresas aéreas, para o meio ambiente e para a vida humana.

Em 2015, segundo Anuário de Risco da Fauna elaborado pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA – foram reportadas 1824 (mil oitocentas e vinte e quatro) colisões entre a fauna e aeronaves nos aeroportos do Brasil.

Os prejuízos vão desde a restauração ou reparação de peças até a prevenção e fiscalização antes da saída do avião, pois qualquer descuido poderá significar a perda de diversas vidas, uma vez que a queda de um avião, em virtude de um animal dentro da turbina, com a quebra de uma hélice, poderá gerar inúmeros prejuízos materiais e ambientais, ou seja, além destes prejuízos, a queda poderá atear fogo à floresta ou destruir áreas urbanizadas.

Assim, o objetivo desta pesquisa é o de analisar o impacto ambiental, bem como a responsabilidade civil, causados pelas consequências advindas de uma colisão entre aeronaves e a fauna, uma vez que a construção de aeródromos na região amazônica, implica em uma significativa interferência no meio ambiente, como a supressão da vegetação e o manejo da fauna, arrancada do seu habitat natural, sem o necessário manejo.

A problemática que se levanta nesta pesquisa é: a quem e de que forma atribuir a responsabilidade pelos danos causados às pessoas e ao meio ambiente em razão de acidentes entre aeronaves e a fauna silvestre nos espaços aeroportuários amazônicos?

A pesquisa se justifica porque, diante de diversos fatores que contribuem para a ocorrência dessas colisões, tais como a falta de fiscalização da área operacional de um aeródromo pelo seu operador (oportunizando o acesso de animais em áreas de risco) é necessário encontrar mecanismos no âmbito da responsabilidade civil que, por analogia, poderão, além de indenizar danos já sofridos na seara ambiental e particular, contribuir com a não ocorrência contumaz de acidentes, dando maior segurança à fauna, flora e seres humanos que se utilizam esses espaço comum.

Portanto, esta pesquisa tem relevância e se justifica, por seu caráter atual, social e ambiental que estão sendo transformados pela ação do homem, sem contudo, tomar os cuidados necessários no momento em que se modifica esse meio ambiente natural para meio ambiente artificial; devendo esses construtores serem responsabilizados. Indica, também, a existência de um impacto ambiental grave, principalmente na região amazônica, justamente por estar localizada em uma floresta tropical de dimensões significativas, que apresenta uma grande diversidade de espécies da fauna silvestre, onde há, para a construção de aeroportos, inevitavelmente, significativa supressão de vegetação, modificando sobremaneira o *habitat* de muitas espécies que ali existiam.

A metodologia que será utilizada nesta pesquisa é a do método dedutivo; quantos aos meios a pesquisa será a bibliográfica – com consulta à doutrina, legislação e arquivos eletrônicos – e quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL**

Na vida em sociedade, ligada à razão humana sempre esteve o sentimento, e muitas vezes esse é predominante sobre aquela. O fato é que o ser humano sempre buscou proteger e zelar pelo que lhe pertence e pelos que lhe são queridos. Assim, seja de maneira racional ou utilizando as emoções, tem-se que, ao perceber que seu patrimônio corre algum perigo

devido à agressão de outrem, esse homem reage para defendê-lo e preservá-lo com o intuito de evitar a ocorrência de quaisquer tipos de prejuízo, ou sua reparação e o retorno à situação anterior, caso já tenha ocorrido.

Portanto, esse combate ao dano sofrido sempre existiu por parte do lesado. No entanto, ao longo do tempo, e conforme as circunstâncias da época, a forma de combater o prejuízo, porventura sofrido, foi alterada.

Essa evolução, por sua vez, culminou com a responsabilidade civil do agente causador desse dano, a qual, vale ressaltar, não permaneceu estática, mas em constante mudança, exigida pelo dinamismo social e pela busca por regras mais justas e efetivas.

Assim, a necessidade de proteger tanto o patrimônio quanto a moral dos cidadãos contra atos lesivos provocados por terceiros foi o que levou o Direito a criar e desenvolver diversas teorias, cujo objetivo maior seria restabelecer o equilíbrio, ou impedir que esse fosse alterado, das relações jurídicas, bem como reconstituir o *status quo ante* para as situações já ocorridas.

Isso significa que a responsabilidade civil passou a ser uma ferramenta jurídica para que fossem atribuídas consequências às condutas danosas a quem as deu causa, bem como imputar a obrigação de reparar o dano. Logo, a integridade patrimonial está intimamente ligada à origem da responsabilidade civil.

A necessidade de proteger o patrimônio material e moral dos cidadãos contra atos lesivos provocados por terceiros levou o Direito, gradativamente, a desenvolver uma série de figuras e teorias que impedissem o desequilíbrio dessas relações jurídicas e reconstituíssem, dentro do possível, o *status quo ante*.

Desse modo, a responsabilidade civil constitui um dos mecanismos eleitos pelo ordenamento jurídico para imputar as consequências de condutas danosas a quem as deu causa e impor o dever de reparação. Portanto, a origem da responsabilidade civil está ligada a tentativas de se assegurar que a integridade de acervos patrimoniais não venha a ser injustamente abalada, gerando perdas para seus titulares.

A noção de que cada ato gera uma consequência pelos danos que dele decorrem – normalmente consubstanciada na obrigação de indenizar – perfaz a base da responsabilidade civil, cuja finalidade precípua é sempre de restabelecer relações jurídicas de cunho patrimonial ou moral que tenham sido violadas.

A responsabilidade civil está prevista no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>, assim disposta:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, aos seguintes:

(...) *Omissis*

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos *responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.* (g.n)

A adoção da responsabilidade civil pela Constituição Federal de 1.988- CF/88, em muito contribui para a construção de um Estado Democrático de Direito, pois possibilita ao cidadão buscar uma reparação patrimonial junto ao Estado, quando vítima de um ato lesivo

---

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional*; Brasília, 1988.

causado ao seu patrimônio por seus agentes.

Neste contexto, uma concessionária de serviço público, que executa o serviço de transporte aeroportuário, por exemplo, na hipótese de causar dano a algum usuário desse serviço em razão de um evento, como a ocorrência de um acidente durante a decolagem por ter um animal na pista, terá que repará-lo.

Destaca-se, ainda, que a função da responsabilidade civil é dupla: ao mesmo tempo em que funciona como uma garantia à estabilidade do patrimônio material e moral de quem suportou os efeitos de eventual prejuízo causado por terceiro, assume igualmente a função de sanção civil, tendo em vista que o dano derivará, invariavelmente, de um ato ilícito. Nesta última hipótese, ela exercerá o nítido papel de punir condutas antijurídicas já consumadas e de desestimular a ocorrência de danos futuros.

No Código Civil de 2002<sup>5</sup> também podem ser encontrados dispositivos relacionados à responsabilidade civil, tais como:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, *comete ato ilícito*. (g.n)

Art. 389. Não cumprida a obrigação, *responde o devedor por perdas e danos*, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (g.n)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, *fica obrigado a repará-lo*. (g.n)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (g.n)

Assim, quando uma conduta causar prejuízo a outrem, o instituto da responsabilidade civil poderá ser utilizado como fundamento para a reparação do dano, tendo como norteadores os dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido Pozzetti e Schettini<sup>6</sup> esclarecem que, no tocante às questões ambientais, a responsabilidade civil também está presente, uma vez que a integridade física e psíquica dos seres, também podem ser valoradas como patrimônio do ser humano, para fins de responsabilizar aquele que lhe ocasionar dano:

O conceito de meio ambiente engloba todos os elementos naturais e artificiais que circundam os seres humanos, com a finalidade de manter a integridade física e psíquica destes.

E continuam Pozzetti e Schittini destacando que nesse contexto, independentemente da existência de culpa, o agente causador do dano tem a responsabilidade de reparar ou de indenizar (...)<sup>7</sup>. Nesse cenário, surge a indagação de como deverá ser tratada a responsabilidade civil

---

5 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Congresso Nacional. Brasília, 2002.

6 POZZETTI, Valmir César e SCHETTINI, Mariana Cruz. A Responsabilidade Civil do Empregador pelos Danos no Meio Ambiente do Trabalho. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, p.287-318, jul./dez. 2015.

7 POZZETTI, Valmir César e SCHETTINI, Mariana Cruz. A Responsabilidade Civil do Empregador pelos Danos no Meio Ambiente do Trabalho. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, p.287-318, jul./dez. 2015, p. 306.

do transportador aéreo. Será que a colisão de uma aeronave com um pássaro, por exemplo, pode ser simplesmente entendida como caso fortuito? Ou seja, os passageiros a bordo de um avião que colide com esse animal deverão apenas lamentar o infortúnio?

Assim, a exigência do elemento subjetivo na conduta do agente causador do dano evidencia a coexistência de dois regimes de responsabilização, que serão diferenciados pela presença do dolo ou da culpa, quais sejam: a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva.

Para Pozzetti e Schettini, na modalidade subjetiva, é necessário comprovar a existência de culpa *lato sensu* na conduta do agente a quem se imputa o ato. Assim sendo, para que alguém seja obrigado a reparar dano nessa modalidade, é necessário ainda, aferir se houve conduta dolosa ou culposa apta a gerar o dano sobre o qual se funda o direito a perceber a reparação<sup>8</sup>.

Em geral, a responsabilidade objetiva é sempre decorrente da lei ou do risco assumido implicitamente pelo agente. Neste sentido, Meirelles esclarece que a responsabilidade objetiva “faz surgir a obrigação de indenizar o dano do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes<sup>9</sup>”.

Já Rocha<sup>10</sup> explica que:

*Na teoria da responsabilidade objetiva, afastada está qualquer ideia de culpa, mesmo que presumida ou indireta. A objetividade significa exclusão do elemento subjetivo contido na noção de culpa, qualquer que seja o contorno, o rótulo ou o matiz que venha esta travestida. A responsabilidade objetiva do Estado diz com a ausência desse elemento subjetivo. (g.n.)*

Ainda sobre a responsabilidade objetiva, Medauar contribui esclarecendo:

Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou a culpa do agente, o mau funcionamento ou a falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexos causal ou nexos de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou da culpa do agente, o questionamento da ilicitude ou licitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexos de causalidade, o Estado deve ressarcir<sup>11</sup>.

O Código Brasileiro de Aeronáutica<sup>12</sup> estabelece a responsabilidade objetiva do transportador aéreo:

Art. 256. O transportador responde pelo dano decorrente:

I – de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante

---

8 POZZETTI, Valmir César e SCHETTINI, Mariana Cruz. A Responsabilidade Civil do Empregador pelos Danos no Meio Ambiente do Trabalho. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, p.287-318, jul./dez. 2015, p. 305.

9 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 631.

10 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do estado. *Revista de informação legislativa*. Brasília, vol. 28, n. 111, p. 94; jul./set. 1991.

11 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 430.

12 BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. *Código Brasileiro de Aeronáutica*. Congresso Nacional, Brasília, 1986.

a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;  
II – de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou o curso das operações de embarque e desembarque.

Verifica-se, portanto, que ao Estado cabe, então, a obrigação de oferecer infraestrutura aeroportuária de qualidade, pois é ele quem autoriza a utilização do espaço e autoriza a concessão a particulares.

Quanto ao controle da fauna nas imediações de aeródromos, a Lei nº 12.725/12<sup>13</sup>, estabelece as regras que visam à diminuição do risco de acidentes e incidentes aeronáuticos decorrentes da colisão de aeronaves com espécimes da fauna nas imediações dos aeródromos:

*Art. 3o Para o gerenciamento e a redução do risco de acidentes e incidentes aeronáuticos decorrentes da colisão de aeronaves com espécimes da fauna nos aeródromos, é estabelecida a Área de Segurança Aeroportuária - ASA, onde o aproveitamento e o uso do solo são restritos e condicionados ao cumprimento de exigências normativas específicas de segurança operacional da aviação e ambientais.*

*§ 1o O perímetro da Área de Segurança Aeroportuária - ASA do aeródromo será definido a partir do centro geométrico da maior pista do aeródromo ou do aeródromo militar e compreenderá um raio de 20 km (vinte quilômetros).*

*§ 2o O Programa Nacional de Gerenciamento do Risco da Fauna - PNGRF, desenvolvido e supervisionado pelas autoridades de aviação civil, aeronáutica militar e ambiental, abrangerá objetivos e metas comuns aos aeródromos e suas respectivas ASAs. (g.n)*

*Art. 4o As restrições especiais constantes no PNGRF devem ser observadas, obrigatoriamente:*

*I - pela autoridade municipal, na ordenação e controle do uso e ocupação do solo urbano, sendo ela a responsável pela implementação e fiscalização do PNGRF;*

*II - pela autoridade ambiental, no processo de licenciamento ambiental e durante as atividades de fiscalização e controle; e*

*III - pelo operador do aeródromo, na administração do sítio aeroportuário.*

*§ 1o As propriedades rurais incorporadas à ASA também são sujeitas às restrições especiais previstas no PNGRF e à fiscalização pela autoridade municipal.*

*§ 2o Os instrumentos de planejamento municipal que disciplinam o parcelamento, o uso e a ocupação do solo observarão as disposições desta Lei e as restrições especiais previstas no PNGRF. (g.n)*

Muitas dessas providências deverão ser adotadas pelo operador do aeródromo, que é o órgão, entidade ou empresa responsável pela sua administração, como ocorre com a INFRAERO.

A não observância desses mandamentos, além de acarretar infrações administrativas previstas na Lei nº 12.725/12<sup>14</sup>, provocará a responsabilidade do prestador do serviço público, de maneira objetiva, seguindo os preceitos constitucionais, quando houver a configuração do dano, a partir da análise donexo causal. Vejamos o texto da lei:

---

13 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 - Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

14 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 - Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

Art. 7º Constitui *infração* ao disposto nesta Lei:

I - implantar ou operar atividade com potencial de atração de espécimes da fauna na ASA *sem submetê-la à aprovação da autoridade municipal e da autoridade ambiental*;

II - estimular, desenvolver ou permitir que se desenvolva atividade com potencial de atração de espécimes da fauna *consideradas proibidas no interior da ASA*;

III - *desrespeitar prazo que haja sido estabelecido para a cessação de atividade com potencial de atração de espécimes da fauna*;

IV - *deixar de adequar* atividade com potencial de atração de espécimes da fauna a parâmetros definidos nas restrições especiais; e

V - *desrespeitar a determinação* de suspender atividade atrativa de espécimes da fauna. (g.n)

Art. 8º Em razão das infrações previstas no art. 7º desta Lei, são cabíveis as seguintes *sanções* administrativas:

I - notificação de advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - suspensão de atividade;

V - interdição de área ou estabelecimento; e

VI - embargo de obra. (g.n)

A Constituição Federal de 1988<sup>15</sup> traz a responsabilidade civil objetiva aos concessionários de serviços públicos, aplicável ao transportador aéreo, visto que se trata de exploração de serviço da União:

Art. 21. Compete à União:

(...) *Omissis*

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...) *Omissis*

c) *a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.* (g.n)

Art. 37. *Omissis*

(...) *Omissis*

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (g.n)

Assim, tendo a Constituição Federal previsto que a navegação aérea é serviço público de competência da União, a sua execução por uma concessionária não vai esvaziar essa condição, pois há a transferência apenas da execução, não da titularidade. Logo, os agentes da prestadora do serviço público terão suas condutas submetidas à responsabilidade civil objetiva, também prevista no texto constitucional, na hipótese de causarem danos a terceiros.

Neste sentido, Bandeira de Mello<sup>16</sup> afirma que:

A responsabilidade do Estado seria uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito ou um simples corolário da submissão do Poder

---

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Constituinte, Brasília, 1988.

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 841.



Público ao Direito, pelo que *a responsabilidade do Estado não dependeria da existência de regras expressas e dispensaria o apelo a normas de Direito Privado para fundamentá-la.* (g.n)

Já Porfirio Júnior<sup>17</sup> esclarece que:

Embora se trate de posição bastante extremada, pois o Estado de Direito e o princípio da legalidade não dispensam a existência de normas jurídicas que sejam dirigidas especificamente à Administração Pública, é certo que não se concebe mais que esta possa estar acima da lei, ou seja, não se admite mais a existência do Estado irresponsável.

Quando se fala em responsabilidade civil do Estado, é importante destacar que a regra contida na Constituição Federal de 1988<sup>18</sup> é voltada apenas para as pessoas jurídicas de direito público e para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços.

Art. 37 *Omissis*:

(...) *Omissis*

§ 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos* responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (g.n)

Assim, excluem-se desse regime as entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado que desempenham atividades econômicas, como ocorre com algumas empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo objeto social é a obtenção de lucro.

Nesse contexto, é salutar apresentar alguns conceitos sobre Responsabilidade Civil do Estado.

Para Justen Filho<sup>19</sup>:

A responsabilidade civil do Estado, genericamente considerada, *consiste no dever de recompor os prejuízos acarretados a terceiros.* Ou seja, é o dever de indenizar, por via do pagamento de quantia certa em dinheiro, perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros *em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado.* (g.n)

Enquanto que para Meirelles<sup>20</sup> seria:

Preliminarmente, fixa-se que a responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir, sem, todavia, se confundir.

Já a responsabilidade subjetiva, por sua vez, coloca a culpabilidade do agente causador do dano em meio aos seus requisitos essenciais. A responsabilidade civil subjetiva será

---

17 PORFIRIO FILHO, Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Constituinte, Brasília, 1988.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 227.

20 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 629.

21 OLIVEIRA, H. R. B.; PONTES, F. O Risco Aviário e Resíduo Sólido Urbano: a responsabilidade do poder público municipal e as perspectivas futuras. *Revista Conexão SIPAER*, v. 1, n. 3, p.189-208, 2012, p. 274.

aferida no caso concreto toda vez que se verificar que o sujeito causador do dano agiu com imprudência, negligência ou imperícia, ou até mesmo quando tenha agido intencionalmente para produzir o resultado danoso, conforme destaca Oliveira<sup>21</sup>:

A culpa, para os defensores da *teoria da responsabilidade civil subjetiva*, é o elemento básico que gera o dever do ofensor de reparar o dano. Portanto, para que determinada pessoa seja obrigada a compensar o prejuízo ocasionado a outrem, por sua atitude, é necessário que esta se apresente em *estado de plena consciência, ou seja, que tenha sido intencional, caracterizando, com isso, o dolo; ou mesmo, que esta pessoa tenha descumprido seu dever de pater familiae, agindo, então, com negligência, imprudência e imperícia (culpa)*. Todavia, se o dano não tiver emanado de uma atitude dolosa (*culpa lato senso*) ou culposa (culpa em sentido estrito) do agente, compete à vítima suportar os prejuízos, como se tivessem sido causados em virtude de caso fortuito ou força maior. (g.n)

A partir desses conceitos e ensinamentos, os pilares da responsabilidade civil do Estado passam a surgir, pois sua caracterização dependerá da identificação desses elementos, quais sejam: a) dano material ou moral sofrido por terceiro; b) conduta lesiva atribuída ao Estado; e o c) nexos causal entre o dano e a conduta.

No contexto da colisão da fauna com aeronaves no entorno dos aeródromos, a responsabilidade civil é analisada porque é a partir do momento em que se identifica o responsável que poderá ser direcionada qualquer providência quanto à indenização àquele que sofreu o dano ou quanto à reparação do meio ambiente por alguma degradação sofrida.

Essa análise, por sua vez, pauta-se no entendimento da responsabilidade civil do Estado como sendo objetiva, assim como a responsabilidade das concessionárias de serviço público, como é o caso do transporte aéreo.

No entanto, ainda são levados em consideração outros elementos para a caracterização de qualquer responsabilidade e sua imputação, pois é preciso que todos os requisitos tenham sido identificados. Por exemplo, é importante observar se todas as determinações relativas à segurança de voo foram seguidas, pois deverá existir o nexos causal entre a conduta e o prejuízo causado.

Ao haver uma supressão de vegetação de determinada área para a construção de uma pista de pouso, por exemplo, mas sem o devido manejo da fauna, a colisão de uma aeronave com o animal que anteriormente habitava naquela área terá ligação quase que direta com a falha na execução desse projeto de construção do aeródromo.

Segundo veiculado pelo jornal Estadão, em seu sítio na internet, no aeroporto de Urucu/AM, uma aeronave de médio porte, ATR42, da Total Linhas Aéreas, teve seu trem de pouso danificado quando colidiu com uma anta que atravessava a pista durante o procedimento de decolagem. A aeronave, por conta da colisão, fez um pouso de emergência no aeroporto Eduardo Gomes, em Manaus. O animal não sobreviveu ao impacto. Essa é uma situação que pode ter tido como origem a falta de manejo de diversas espécies comuns na região que não foram realocadas para outras áreas da maneira correta.

São os fatores que levaram o animal e a aeronave a estarem no mesmo espaço que devem ser analisados e, assim, cessar ou diminuir o índice das colisões, pois, ao ser construído um aeródromo em determinada região, existem providências que devem ser adotadas pelos seus operadores, no sentido de impedir danos ambientais dessa natureza.

O prejuízo ao meio ambiente de um animal morto após colidir com uma aeronave em uma área de segurança aeroportuária é o desequilíbrio ecológico que não poderá ser

reparado monetariamente. Mas, a correta e eficaz observância dos regulamentos que regem a atividade aeroportuária, em muito, ajudaria a prevenir e a evitar tais danos. Logo, o Estado tem obrigação de cumprir e fazer cumprir esses institutos, caso contrário é obrigado a indenizar.

A Lei nº 12.725/12<sup>22</sup>, que dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos, estabelece regras que visam à diminuição do risco de acidentes e incidentes aeronáuticos decorrentes da colisão de aeronaves com espécimes da fauna nas imediações de aeródromos.

Essas regras estão contidas no art. 4º da Lei nº 12.725/12<sup>23</sup> e haverá a incidência de infração por parte dos responsáveis pela sua aplicação quando forem por eles desrespeitadas. Ou seja, quando a “obrigação de agir” não for devidamente observada, caberá a aplicação de sanção fundamentada na responsabilidade civil:

Art. 4o As restrições especiais constantes no PNGRF *devem ser observadas, obrigatoriamente*:

I - pela autoridade municipal, na ordenação e controle do uso e ocupação do solo urbano, sendo ela a responsável pela implementação e fiscalização do PNGRF;

II - pela autoridade ambiental, no processo de licenciamento ambiental e durante as atividades de fiscalização e controle; e

III - pelo operador do aeródromo, na administração do sítio aeroportuário. (g.n)

Haverá, assim, a imputação da responsabilidade civil se a colisão teve como causa a hipótese de o administrador do aeroporto não ter observado as regras contidas no Programa Nacional de Gerenciamento do Risco da Fauna – PNGRF, definido na Lei nº 12.725/12<sup>24</sup>:

Art. 2º. Para os efeitos dessa Lei, considera-se:

(...) *omissis*

XIX – Programa Nacional de Gerenciamento do Risco da Fauna – PNGRF: documento de caráter normativo que estabelece objetivos e metas com o intuito de aprimorar a segurança operacional no País por meio do gerenciamento proativo do risco decorrente da colisão de aeronaves com espécies da fauna, nativa ou exótica.

De acordo com os dados da *Federal Aviation Administration* (FAA), por intermédio dos seus registros de colisão, 74% (setenta e quatro por cento) das colisões ocorrem a menos de 500 (quinhentos) pés, em área considerada “*airport environment*”, ou seja, uma área onde o operador de aeródromo tem um domínio/conhecimento mais efetivo.

Nesse contexto, a observância das medidas operacionais e de manutenção do sítio aeroportuário com a finalidade de mitigar o risco provocado pela fauna, previstas no PNGRF, é fundamental e quando não são atendidas gera a responsabilidade civil por parte do operador do aeródromo.

No mesmo sentido, pode-se pensar nas colisões da fauna com aeronaves em um aeródromo em decorrência de a área operacional estar desprotegida ou haver próximo ao

---

22 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 – Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

23 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 – Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

24 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 – Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

local um foco atrativo, como lixões. É dever da concessionária do serviço público que executa o transporte aéreo manter o local em condições seguras para que os usuários daquele serviço, e as espécies da fauna, não estejam expostos a perigos, inclusive de vida.

### **3 RESPONSABILIDADE AMBIENTAL**

Um dos assuntos de maior relevância, na atualidade, em Direito Ambiental, diz respeito à responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, haja vista tratar-se de instrumento jurídico necessário à proteção da natureza e da qualidade de vida.

Tal responsabilidade se deve às crescentes deteriorações sofridas pelos recursos naturais, fruto das conquistas científicas ou tecnológicas e do aumento populacional desordenado, como também fruto da luta pela reversão desse quadro tão preocupante. É matéria que afeta a vida de toda a sociedade e traz à tona um dos grandes problemas da civilização.

Para Benjamin<sup>25</sup>:

O acordar para a relevância da responsabilidade civil como promissor instrumento de proteção do meio ambiente não pode esconder certas deficiências que a sua formação tradicional traz, já que desenvolvida num contexto e para um contexto diferentes. Aí está uma das razões que talvez possa explicar a *marginalização inicial do instituto no leque das ferramentas da proteção ambiental*. (g.n)

Ainda seguindo o entendimento de Benjamin<sup>26</sup>:

Da mesma forma que podemos localizar causas que afastaram a responsabilidade civil da proteção ambiental, também não é difícil identificar algumas razões que estão por trás da (re)descoberta do instituto nesse campo: a) a transformação do ambiente de recurso infinito e inesgotável (por isso mesmos *communis omnium*) em recurso crítico e escasso, daí valorizado; b) a percepção de que a intervenção solitária do Estado, via comando-e-controle (ou seja, Direito Público), não protegia suficientemente o meio ambiente; c) a compreensão de que, por melhor que seja a prevenção e a precaução, danos ambientais ocorrerão, na medida em que os “acidentes são normais em qualquer atividade”; d) o caráter contraditório da mensagem enviada pelo ordenamento ao mercado, colocando sua armada sancionatória penal e administrativa em combate e, ao mesmo tempo, isentando o bolso (o “órgão” mais sensível do ser humano) do poluidor, ao afastar a possibilidade de sua responsabilização civil; e) o surgimento de novos direitos subjetivos, até constitucionalizados (art. 225, da Constituição brasileira, p. ex.), a exigir submissão das condutas antiambientais a duplo controle, público (centralizado) e privado (descentralizado); f) uma maior sensibilidade do Direito para com a posição a vítima (*favor victimae*), própria do Welfare State. (g.n)

A construção de aeródromos no interior no Amazonas, onde o desenvolvimento urbano aconteceu ao seu entorno, não raras vezes sem uma forma coordenada desse desenvolvimento, acarreta, por exemplo, acúmulo de lixos. Este cenário enseja uma intervenção estatal, inclusive de cunho sancionatório em relação aos responsáveis pelo serviço público a ser prestado, pois pode haver um foco atrativo da fauna, que anteriormente ali habitava de maneira natural, e, fatalmente, estes animais tornar-se-ão vítimas de colisões com aeronaves.

---

25 BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, 2011, n. 9, p. 04.

26 BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, 2011, n. 9, p. 05.

No pretérito, havia a ideia de que os recursos naturais eram inesgotáveis, todavia hoje já se sabe que essa afirmação é falsa. Seu uso não pode ser feito de forma descomedida. Isso levou o homem a se preocupar mais com a salvaguarda dos bens que nos oferecem as condições de vida ideais, e a ser mais consciente do seu papel de fiscalizar e controlar o processo de exploração da natureza, para evitar abusos.

Quando se fala em responsabilidade civil ambiental, é necessário tratar do dano, pois, é um dos pressupostos para sua caracterização. O dano ambiental consiste em toda lesão aos recursos do meio ambiente, alterando a qualidade de vida e o equilíbrio ecológico, mediante a destruição de fatores físico-naturais de uma espécie, a poluição, e a degradação do espaço social, urbano e rural pela acumulação de lixo e materiais não biodegradáveis.

Para Morato Leite<sup>27</sup>, o dano ambiental “constitui uma expressão ambivalente, que designa, em certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses”.

Nesse sentido, o Código Civil<sup>28</sup> traz bem essa definição de abuso:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A Lei nº 6.902/81<sup>29</sup>, por sua vez, trata sobre uma das penas aplicáveis em casos de dano ambiental: a “obrigação de reposição e reconstituição”, conforme sua prescrição:

Art. 9º - Em cada Área de Proteção Ambiental, dentro dos princípios constitucionais que regem o exercício do direito de propriedade, o Poder Executivo estabelecerá normas, limitando ou proibindo:

- a) a implantação e o funcionamento de indústrias potencialmente poluidoras, capazes de afetar mananciais de água;
- b) a realização de obras de terraplenagem e a abertura de canais, quando essas iniciativas importarem em sensível alteração das condições ecológicas locais;
- c) o exercício de atividades capazes de provocar uma acelerada erosão das terras e/ou um acentuado assoreamento das coleções hídricas;
- d) o exercício de atividades que ameacem extinguir na área protegida as espécies raras da biota regional.

§ 1º *omissis*,

§ 2º - *Nas Áreas de Proteção Ambiental, o não cumprimento das normas disciplinadoras previstas neste artigo sujeitará os infratores ao embargo das iniciativas irregulares, à medida cautelar de apreensão do material e das máquinas usadas nessas atividades, à obrigação de reposição e reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior e a imposição de multas graduadas de Cr\$200,00 (duzentos cruzeiros) a Cr\$2.000,00 (dois mil cruzeiros), aplicáveis, diariamente, em caso de infração continuada, e reajustáveis de acordo com os índices das ORTNs - Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. (g.n)*

Já a Lei nº 6.938/81<sup>30</sup>, que dispõe sobre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, faz a seguinte previsão:

---

27 MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.94.

28 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Congresso Nacional. Brasília, 2002.

29 BRASIL. Lei Nº 6.902, de 27 de abril de 1981 – Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. Congresso Nacional, 1981.

30 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Congresso Nacional, 1981.



Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:  
(...) *omissis*

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Sobre a responsabilidade civil do Estado, é de acordo comum a adoção da teoria objetiva, como preceitua a Constituição Federal<sup>31</sup>:

Art. 37 *omissis*

(...) *omissis*

§ 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

As pessoas jurídicas de direito público, ou até mesmo as de direito privado que prestem serviço público, respondem pelos atos dos seus agentes, independente da prova de dolo ou culpa destes, restando-lhes o direito de regresso contra o causador do dano. É o risco advindo do seu empreendimento que cria o dever de reparar os danos. Também se mostra irrelevante o fato de haver legalidade no ato, pois o que tem maior importância é a potencialidade do prejuízo que o ato possa trazer.

Dessa forma, o Poder Público tem o dever de zelar pelo bom e correto funcionamento das atividades que possam causar danos ecológicos, vigiando e orientando os particulares para que estes estejam sempre em acordo com as normas. Caso essa vigilância esteja sendo efetuada de maneira inadequada, e a omissão cause prejuízo para as pessoas, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.

#### **4 ANÁLISE DE HIPÓTESE DE CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM ACIDENTES AERONÁUTICOS**

Existem algumas hipóteses em que, depois de identificado o nexo de causalidade entre o evento ocorrido (acidente aeronáutico) e o dano dele decorrente, ausentes as excludentes de imputação da responsabilidade civil, o Poder Público é identificado como o responsável a indenizar os prejuízos advindos desses acidentes.

Uma dessas hipóteses é justamente o acidente aeronáutico causado pela colisão de aeronaves com pássaros. Nos últimos anos, a questão atinente à colisão entre aeronaves e aves nas imediações de aeródromos, problema conhecido como risco aviário, tem mobilizado a comunidade aeronáutica de todo o mundo, bem com as autoridades públicas.

Segundo o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - CENIPA, por meio de seu Anuário de Risco da Fauna, foram reportadas 1824 (mil oitocentas e vinte e quatro) colisões de aeronaves com a fauna nos aeroportos do Brasil, sendo que 93% (noventa e três por cento) eram aves.

A razão para o aumento do número de colisões de aeronaves com pássaros, consoante esclarece Mendonça<sup>32</sup>, estão relacionadas:

Ao sucesso de programas ambientais e ao fato de que as empresas aéreas estão substituindo aeronaves com três ou quatro motores por aeronaves

---

31 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Assembleia Constituinte, Brasília, 1988.

32 MENDONÇA, Flávio. A. C. gerenciamento do perigo aviário em Aeroportos. *Rev. Conexão SIPAER*, v. 1, n. 1, nov. 2009, p.154.



modernas cujos motores são mais silenciosos e eficientes. Além do que, muitas espécies de aves, como o quero-quero (*Vanellus Chilensis*) ou o pombo-comum (*Columbia Livia*), adaptaram-se à vida agitada das cidades, sendo encontradas dentro de aeroportos e seus entornos.

A temática do risco aviário já foi levada à apreciação do Poder Judiciário. Em 2002, O Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento aos recursos de apelação interpostos pelos Municípios de Natal e Parnamirim, ambos localizados no Estado do Rio Grande do Norte, e pela Urbana – Cia de Serviços urbanos de Natal, contra sentença proferida em sede de ação civil pública ajuizada pela União.

A sentença, por sua vez, julgara procedente, em parte, os pedidos contidos na petição inicial, condenando os apelantes à construção de aterro sanitário, observadas as normas técnicas pertinentes e respeitado o limite de 20Km (vinte quilômetros) de distância do Aeroporto Internacional Augusto Severo (localizado no município de Parnamirim e que dista seis quilômetros de Natal, capital daquele Estado), fixando ainda o prazo de 1 (um) ano para que o referido aterro entrasse em funcionamento, além de interditar os lixões oficiais e clandestinos utilizados por aqueles municípios. O acórdão do TRF5 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>33</sup> assim prevê:

Ação civil pública. Administrativo. Depósitos de lixo oficiais e clandestinos nas proximidades de instalações aeroportuárias. Violação às normas de segurança do tráfego aéreo e ao meio ambiente. Lei nº 7.565/86 e resolução nº 04 da Conama. Interdição. Determinação para construção de aterro sanitário. Os atos administrativos podem ser objeto do controle do poder judiciário. Pena pecuniária e verba honorária fixada em justo valor.

- *A utilização de áreas próximas às instalações aeroportuárias como depósito de lixo atrai aves de rapina que colocam em risco a segurança dos voos, infringindo a norma de regência inserida na lei nº 7.565/86 e na resolução n/04 da CONAMA, que estabelecem restrição de uso às áreas circunscritas num raio de 20 Km das instalações aeroportuárias, além de comprometerem o meio ambiente e a saúde pública.* Interdição. – O armazenamento e tratamento do lixo urbano há de ser processado em aterros sanitários conforme a melhor recomendação técnica, motivo pelo qual o poder público municipal deverá construí-lo. – O diminuto tamanho do município não é óbice à construção do aterro sanitário a distância legalmente determinada, já que pode ser construído em outro município mediante convênio, atendendo, mesmo às demandas de diversos outros municípios circunvizinhos. – Os atos praticados pela administração pública podem sofrer o controle pelo poder judiciário, não se constituindo em intervenção de poderes e nem em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. – *Cabimento e justeza na fixação da pena pecuniária aplicável em caso de descumprimento da decisão judicial.* – Verba honorária fixada pelo critério de equidade. – Improvimento das apelações e remessa oficial. (g.n)

Diante desse cenário, o Ministério da Defesa editou a Portaria Normativa nº 1.887/2010<sup>34</sup>, visando estabelecer diretrizes que buscam a amenizar os riscos à segurança operacional da aviação decorrentes da colisão de aeronaves com aves nos aeródromos e suas imediações:

Art. 1º Estabelecer diretrizes que visam à mitigação dos riscos à segurança operacional da aviação decorrentes da colisão de aeronaves com aves nos aeródromos e suas imediações.

33 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 5ª Região. Apelação Cível nº 2000.05.00.017562-8. Primeira Turma. Rel. Des. Fed. Alcides Saldanha. Decisão Unânime.

34 BRASIL. Portaria Normativa nº 1.887, de 22 de dezembro de 2010 - Estabelece diretrizes para mitigação dos riscos operacionais à aviação decorrentes de perigo aviário nos aeródromos e suas imediações e dá outras providências. Ministério da Defesa, 2010.

Ao COMAER (Comando da Aeronáutica), conforme Portaria nº 1.887/2010<sup>35</sup> em questão, foram conferidas as seguintes responsabilidades:

Art. 6 Cabe ao COMAER:

- I - identificar focos de atração de aves localizados fora do sítio aeroportuário;
- II - efetuar o registro estatístico das ocorrências relacionadas ao risco aviário;
- III - avaliar o risco aviário para as operações no aeródromo, com base na metodologia específica;
- IV - informar à ANAC os focos de atração de aves e a respectiva avaliação de risco aviário, para que adote as providências cabíveis; e
- V - zelar pelo cumprimento das restrições especificadas nos Planos Básico e Específicos de Gerenciamento de Risco Aviário, por meio de processo de avaliação prévia de projetos ou atividades com potencial de atração de aves.

Com relação à ANAC, nos termos do art. 7º da Portaria Normativa nº 1.887/2010<sup>36</sup>, foram atribuídas, também, responsabilidades, quais sejam:

Art. 7 Cabe à ANAC:

- I - identificar os focos de atração de aves, localizados no interior do sítio aeroportuário, e requisitar ao administrador do aeródromo a adoção das providências para eliminá-los;
- II - avaliar conclusivamente o risco aviário e adotar as medidas cabíveis para mitigá-lo; e
- III - zelar pelo cumprimento das restrições especificadas nos Planos Básico e Específicos de Gerenciamento de Risco Aviário.

A edição da Lei nº 12.725/2012<sup>37</sup>, que estabelece as regras visando à diminuição do risco de acidentes e incidentes aeronáuticos decorrentes da colisão de aeronaves com espécimes da fauna nas imediações de aeródromos também contribuiu de maneira significativa para a identificação dos responsáveis desses eventos, e de que forma será imputada a responsabilidade.

A referida lei nº 12.752/2012<sup>38</sup> criou a ASA (Área de Segurança Aeroportuária), conforme seu art. 3º, onde o aproveitamento e o uso do solo são restritos e condicionados ao cumprimento de exigências normativas específicas de segurança operacional da aviação e ambientais.

Art. 3o Para o gerenciamento e a redução do risco de acidentes e incidentes aeronáuticos decorrentes da colisão de aeronaves com espécimes da fauna nos aeródromos, é estabelecida a Área de Segurança Aeroportuária - ASA, onde o aproveitamento e o uso do solo são restritos e condicionados ao cumprimento de exigências normativas específicas de segurança operacional da aviação e ambientais.

Essa Lei<sup>39</sup> criou, ainda, o Programa Nacional de Gerenciamento do Risco da Fauna, desenvolvido e supervisionado pelas autoridades de aviação civil, aeronáutica militar e ambiental, abrangendo objetivos e metas comuns aos aeródromos e suas respectivas Áreas de Segurança Aeroportuárias:

---

35 BRASIL. Portaria Normativa nº 1.887, de 22 de dezembro de 2010 - Estabelece diretrizes para mitigação dos riscos operacionais à aviação decorrentes de perigo aviário nos aeródromos e suas imediações e dá outras providências. Ministério da Defesa, 2010.

36 BRASIL. Portaria Normativa nº 1.887, de 22 de dezembro de 2010 - Estabelece diretrizes para mitigação dos riscos operacionais à aviação decorrentes de perigo aviário nos aeródromos e suas imediações e dá outras providências. Ministério da Defesa, 2010.

37 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 - Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

38 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 - Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

39 BRASIL. Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 - Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos. Congresso Nacional, 2012.

Art. 4o As restrições especiais constantes no PNGRF devem ser observadas, obrigatoriamente:

- I - pela autoridade municipal, na ordenação e controle do uso e ocupação do solo urbano, sendo ela a responsável pela implementação e fiscalização do PNGRF;
- II - pela autoridade ambiental, no processo de licenciamento ambiental e durante as atividades de fiscalização e controle; e
- III - pelo operador do aeródromo, na administração do sítio aeroportuário.

Assim, quando um acidente aeronáutico resultar da colisão de uma aeronave e ave(s), poderá ser reconhecida a responsabilidade objetiva de que trata o art. 37, §6º da Constituição de 1988<sup>40</sup>, quer por ação quer por omissão estatal, uma vez que presentes todos os pressupostos e ausentes as causas excludentes de sua responsabilidade.

Caso, por exemplo, um Município instale um “lixão” no interior de uma ASA e chegue-se à conclusão, por meio de prova pericial, de que a ave atingida pela aeronave era um urubu ou outra espécie, atraída pela atividade poluidora municipal, e que o “lixão” tem funcionamento transgredindo regras de saneamento, este poderá ser responsabilizado.

Outra hipótese que pode ser levantada é quando o órgão ambiental licencia de maneira irregular a instalação de empreendimentos poluidores dentro da ASA (matadouros, frigoríficos), ou quando deixa de fiscalizá-los, este poderá ser responsabilizado pelo acidente aeronáutico.

E ainda, por exemplo, a ANAC – enquanto agência reguladora e fiscalizadora da infraestrutura aeroportuária (art. 8º, lei nº 11.182/2005) – tenha ciência de que o risco aviário em um dado aeroporto atingiu níveis elevados e não adote, em um prazo razoável, quaisquer providências para mitigar esse risco, conforme prevê o art. 10, §2º, da Portaria Normativa nº 1.887/2010<sup>41</sup>, do Ministério da Defesa, esta poderá ser responsabilizada. O dispositivo assim prevê:

Art. 10. A ANAC notificará o município para informar sobre a avaliação do risco e solicitar a adoção de providências cabíveis visando à cessação da atividade ou remoção de objetos, dejetos ou construções, localizados no interior ou fora do sítio aeroportuário.

(...)

§2º *Em caso de urgência, a ANAC poderá adotar providências imediatas para mitigar o risco à segurança operacional da aviação, inclusive restringir as operações no aeródromo.* (g.n)

## 5 A AMAZÔNIA BRASILEIRA E O RISCO DA FAUNA

As colisões entre animais e aeronaves, conhecidas como risco da fauna, são uma preocupação para os especialistas de segurança em voo em todo o mundo. Segundo Allan<sup>42</sup>, “estima-se que cerca de US\$ 1,2 bilhão em perdas de aviação civil em todo o mundo tenham sido associadas a esses eventos anualmente”.

Sobre o tema, Cleary<sup>43</sup> afirma que “as colisões de aeronaves com a fauna também foram responsáveis pela destruição de mais de 500 aeronaves e pela perda de 505 vidas

---

40 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

41 BRASIL. Portaria Normativa nº 1.887, de 22 de dezembro de 2010 - Estabelece diretrizes para mitigação dos riscos operacionais à aviação decorrentes de perigo aviário nos aeródromos e suas imediações e dá outras providências. Ministério da Defesa, 2010.

42 ALLAN, J. R. The costs of birds strikes and Bird strike prevention. In: CLARK, L. (Ed.). *Human conflicts with wildlife: economic considerations*. Proceedings of the National Wildlife Research Center Special Symposium, Fort Collins, USA, 2002, p. 149.

43 CLEARY, Edward C.; DOLBEER, Richard A.; WRIGHT, Sandra E.. Wildlife strikes to civil aircraft in the United States 1990 – 2005. *Federal Aviation Administration*, National Wildlife Strike Database, Serial Report Number 12, USA, 2006.

humanas entre 1960 e 2004”.

Segundo Novaes, Grossman, Pimentel e Prada<sup>44</sup> os pesquisadores estimam que 97% das colisões entre a fauna e aeronaves ocorrem com espécies de aves, embora mamíferos terrestres e répteis possam representar um risco significativo devido ao seu tamanho e peso”. A maior parte das colisões com mamíferos terrestres ocorre dentro do aeroporto, geralmente com espécies que perderam seu *habitat* em função da construção das estruturas aeroportuárias.

Reservas de água e vegetação nativa estão, por vezes, presentes nestes ambientes e podem servir de refúgio para os animais, razão pela qual o manejo da fauna no interior do aeroporto é fundamental para a sua gestão e proteção do meio ambiente, uma vez que estes animais estarão constantemente em risco.

Quanto à realidade da região Norte do Brasil, destaca-se a elevada riqueza de espécies de répteis, mamíferos e aves que ocorre no bioma amazônico, além da cidade de Manaus estar situada onde se fundem dois importantes afluentes amazônicos, os rios Negro e Solimões.

Embora Manaus esteja urbanizando, ainda existem grandes áreas de fragmentos florestais, inclusive em locais ao redor do Aeroporto Internacional Eduardo Gomes, de Manaus (MAO). Estes fragmentos florestais urbanos abrigam espécies selvagens, como felinos selvagens, cervos, preguiças, tamanduás, jacarés, anacondas e muitos outros.

Segundo Novaes, Grossman, Pimentel e Prada<sup>45</sup>, em 2010:

Dez aeroportos brasileiros, incluindo Manaus, implementaram um programa de manejo da fauna silvestre chamado “*Fauna nos Aeroportos Brasileiros*”. Durante o projeto de 5 anos, a equipe de gerenciamento de vida selvagem com base no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes em Manaus, observou uma alta ocorrência de colisões envolvendo mamíferos terrestres e répteis. O objetivo deste estudo foi *determinar a incidência de colisões aéreas com mamíferos terrestres e répteis por meio de relatos de ataque à fauna silvestre em MAO e comparar essas ocorrências com outros aeroportos brasileiros.* (g.n)

Registra-se que, embora as aves causem mais colisões no Brasil e globalmente, um grande número de ataques de mamíferos terrestres e répteis ocorre em Manaus em comparação com outros aeroportos, o que exigiu procedimentos específicos de gestão para essa área específica.

A Amazônia é a maior floresta tropical contínua do planeta e onde está situada a cidade de Manaus. Localizado no coração da floresta amazônica, cobre 1.400 ha, com 981 ha, principalmente com floresta primária e secundária. O Aeroporto Internacional Eduardo Gomes teve mais de 55.000 (cinquenta e cinco mil) operações e 3 milhões (três milhões) de passageiros por ano entre 2010 e 2014, conforme dados da INFRAERO.<sup>46</sup>

Barras<sup>47</sup> alega que “geralmente, a colisão de aeronaves com mamíferos terrestres e répteis representam aproximadamente 3% (três por cento) dos relatos conhecidos em todo o mundo”. Mas, na realidade da Amazônia, esse índice chega a 35% (trinta e cinco por cento). O número de colisões envolvendo esses grupos de animais em Manaus foi muito maior do que

44 NOVAES, Weber Galvão; GROSMAN, Nárjara V.; PIMENTEL, Dysianne S.; PRADA, Manrique. Notes Terrestrial mammal and reptile hazards in an airport in the Brazilian Amazon. *Human-Wildlife Interactions*. Vol. 1, article 15, 2016, p.124

45 NOVAES, Weber Galvão; GROSMAN, Nárjara V.; PIMENTEL, Dysianne S.; PRADA, Manrique. Notes Terrestrial mammal and reptile hazards in an airport in the Brazilian Amazon. *Human-Wildlife Interactions*. Vol.1, article 15, 2016, p.124.

46 INFRAERO. *Gerenciamento do Risco da Fauna*. Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/meio-ambiente/programa-fauna.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

47 BARRAS, Scott C.; SEAMANS, Thomas W.. Habitat management approaches for reducing wildlife use of airfields. *Proceedings of the Vertebrate Pest Conference 20*, 2002, p.310.

os observados em outros aeroportos brasileiros. A cidade é cercada pela floresta amazônica e inclui fragmentos de florestas, inclusive nas proximidades do aeroporto internacional.

Esta junção do perímetro urbano e o florestal facilita a presença da vida selvagem em lugares que podem tornar-se inseguros por esta razão, como é o caso de um aeroporto. Nesse sentido, Novaes, Pimentel, Grossman e Prada<sup>48</sup> a área total do Aeroporto Internacional Eduardo Gomes compreende 1.400 ha, incluindo 981 ha de fragmentos florestais, que é um habitat natural para muitas espécies. Este tipo de situação ajuda a explicar as altas ocorrências de ataques de vida selvagem envolvendo mamíferos terrestres e répteis no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes.

A maioria das espécies terrestres com relatórios de colisão no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes são conhecidos por suas habilidades de escalada e, portanto, superou a cerca perimetral do aeroporto ou rastreado por meio de pequenas fendas. Tal é o caso de preguiças, tamanduás, gambás e cobras. As aberturas pequenas na cerca permitiram, também, a entrada de animais tais como jacarés.

O risco de ataque de mamíferos terrestres e répteis está se tornando mais evidente, especialmente com a evolução dos programas de manejo da fauna em aeroportos que, segundo Crain<sup>49</sup>, “recolheram dados de diferentes países sobre os ataques da fauna terrestre e notaram que, embora a proporção dessas colisões fosse geralmente pequena, 45% das colisões desta natureza causaram danos. Por outro lado, apenas 13% das pancadas de aves ou morcegos causaram danos”.

Uma medida efetiva para diminuir o risco de um ataque de fauna silvestre é o manejo do *habitat*, que modifica o meio ambiente por meio da substituição da cobertura vegetal, remoção de árvores e arbustos, drenagem ou cobertura de água e outros métodos. Portanto, uma medida proposta para isolar e controlar répteis e mamíferos seria construir barreiras físicas.

Sobre a realidade encontrada no Aeroporto Internacional Eduardo Gomes, o destaque feito por Novaes, Pimentel, Grossman, e Prada<sup>50</sup> é o de que:

A área de operação do Aeroporto Eduardo Gomes é completamente murada com uma linha de arame farpado 1,8 m de altura ao longo da parte superior da cerca. No entanto, as cercas devem ser melhoradas para que as espécies de pequeno e médio porte, como as observadas nas colisões aéreas no Aeroporto Eduardo Gomes, não possam subir, escavar ou entrar. *O Aeroporto Eduardo Gomes adotou algumas medidas para evitar colisões entre as aeronaves e mamíferos terrestres e répteis. Verificações rotineiras de vedação identificadas e possíveis pontos de entrada. As modificações estruturais incluíram a substituição de barras de ferro por tampas móveis verticais em pontos de drenagem nas bases da cerca. O MAO implementou a manutenção da baixa altura da relva e a remoção de restos florestais perto da cerca. No entanto, são necessárias outras medidas, incluindo um aumento da altura da cerca e adoção de proteção de betão subterrâneo. (g.n)*

O risco da fauna silvestre nos aeroportos apresenta uma questão global que exige uma perspectiva analítica não apenas local. As características regionais devem ser consideradas ao planejar os aeroportos e administrar a fauna no seu entorno, especialmente em áreas com

48 NOVAES, Weber Galvão; GROSMAN, Nárjara V.; PIMENTEL, Dysianne S.; PRADA, Manrique. Notes Terrestrial mammal and reptile hazards in an airport in the Brazilian Amazon. *Human-Wildlife Interactions*. Vol. 1, article 15, 2016, p.126.

49 CRAIN, A. R.; BELANT, J. L.; DEVALULT, T. L.. Carnivore incidentes with U.S aircraft. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 2015, p.164.

50 NOVAES, Weber Galvão; GROSMAN, Nárjara V.; PIMENTEL, Dysianne S.; PRADA, Manrique. Notes Terrestrial mammal and reptile hazards in an airport in the Brazilian Amazon. *Human-Wildlife Interactions*. Vol. 1, article 15, 2016, p.126.



alta biodiversidade. Desse modo, estudos e métodos diferenciados de manejo dos animais silvestres são importantes para que cada aeroporto compreenda e mitigue os riscos impostos pela fauna local.

## **6 CONCLUSÃO**

A problemática que fomentou essa pesquisa foi a de se verificar a quem e de que forma se poderia atribuir a responsabilidade pelos danos causados às pessoas e ao meio ambiente em razão de acidentes entre aeronaves e a fauna silvestre nos espaços aeroportuários amazônicos.

Os objetivos foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação sobre responsabilidade civil e ambiental, bem como as diretrizes que regulam o espaço aéreo e aeroportuário, estabelecidas pelo próprio estado.

É possível afirmar que para a garantia da sobrevivência do homem e das futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser condição essencial para a sadia qualidade de vida. A perspectiva intergeracional de proteção dos bens ambientais também traduz os aspectos do desenvolvimento sustentável, que visa compatibilizar crescimento econômico e social com observância aos limites dos recursos naturais.

A proteção do meio ambiente deve ser objetivo a ser perseguido por todos da sociedade, em busca do seu equilíbrio e preservação para a presente e futuras gerações. As políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública, bem como todas as ações voltadas ao desenvolvimento nacional deveriam pautar-se em providências que estivessem sempre alinhadas ao meio ambiente protegido e equilibrado, ou seja, deveria haver um desenvolvimento sustentável das regiões do País e da sociedade, pois o meio ambiente em equilíbrio faz parte da sadia qualidade de vida de todos.

A crescente complexidade da sociedade moderna faz surgir, no âmbito do direito, ramos cada vez mais especializados, para além da antiga dicotomia: direito público e direito privado. A partir do rápido desenvolvimento da navegação aérea, após a Primeira Guerra Mundial, tornou-se necessária a elaboração de normas que a regulassem. Neste contexto, emerge o direito aeronáutico que busca equilibrar, de um lado, interesses estatais e, de outro, interesses econômico-privados.

Neste sentido, por estar os aeródromos da Amazônia situados em uma região de densa floresta, como é a Floresta Amazônica, o índice de colisão torna-se significativo no cenário mundial, principalmente quanto aos acidentes envolvendo animais terrestres.

Os diversos focos atrativos da fauna, também apontados como os resíduos sólidos, demonstram a necessidade de atuação mais efetiva e em conjunto com os responsáveis pela proteção ao meio ambiente, como as autoridades públicas apontadas na Lei 12.725/12, art. 4º, e a sociedade civil, destinatária do meio ambiente ecologicamente equilibrado e responsável por assim mantê-lo para as futuras gerações.

Dessa forma, o gerenciamento do risco de fauna em aeródromos é uma tarefa complexa e de sensibilidade pública. Não obstante, a Administração Pública deve atuar de maneira diligente, cumprindo seu dever legal de proteger o meio ambiente, por meio dos mecanismos de gerenciamento, visto que, assim, estará protegendo toda a comunidade aeroportuária que utiliza esse serviço constantemente, diminuindo, conseqüentemente, a incidência de danos irreparáveis.



## REFERÊNCIAS

- ALLAN, John R. The costs of birds strikes and bird strike prevention. In: CLARK, L. (Ed.) *Human conflicts with wildlife: economic considerations*. Proceedings of the National Wildlife Research Center Special Symposium, Fort Collins, USA, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARRAS, Scott C.; SEAMANS, Thomas W.. Habitat management approaches for reducing wildlife use of airfields. *Proceedings of the Vertebrate Pest Conference 20*, 2002, p.309-315.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 9.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOTELHO, Dulce S. Da Fonseca. A regulação na aviação civil. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *Estudos de direito aéreo*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRAGA, Dimis da Costa. Estudo de caso: a interdição do Aeroporto de Tefé por decisão da Justiça Federal do Amazonas. *R. Conex. SIPAER*. v.4. n.1. set./out. 2012. Disponível em: <http://inseer.ibict.br/sipaer/index.php/sipaer/article/viewArticle/224>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972 – Autoriza o Poder Executivo a instituir a INFRAERO*. Presidência da República, 1972.
- BRASIL. *Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981 – Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências*. Congresso Nacional, 1981.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente*. Congresso Nacional, 1981.
- BRASIL. *Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica*. Congresso Nacional, Brasília, 1986.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Assembleia Constituinte, Brasília, 1988.
- BRASIL. *Resolução nº 04, de 09 de outubro de 1995 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Estabelece as Áreas de Segurança Aeroportuárias*. Brasília, 1995.
- BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro*. Congresso Nacional. Brasília, 2002
- BRASIL. *Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005 – Cria a Agência Nacional de Aviação Civil*. Congresso Nacional, 2005.
- BRASIL. *Portaria nº 913/GC3, de 21 de setembro de 2009 - Dispõe sobre o Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro*. Ministério da Defesa, 2009.
- BRASIL. *Portaria Normativa nº 1.887, de 22 de dezembro de 2010 - Estabelece diretrizes para mitigação dos riscos operacionais à aviação decorrentes de perigo aviário nos aeródromos e suas imediações e dá outras providências*. Ministério da Defesa, 2010.

BRASIL. *Portaria Normativa Interministerial nº 24/MD/SAC, de 04 de janeiro de 2012 - Dispõe sobre a provisão e a remuneração dos serviços de navegação aérea e dá outras providências.* Ministério da Defesa, 2012.

BRASIL. *Portaria DECEA nº 09/SDOP, de 16 de abril de 2012 –* Ministério da Defesa, 2012.

BRASIL. *Lei nº 12.725, de 16 de outubro de 2012 - Dispõe sobre o controle da fauna nas imediações de aeródromos.* Congresso Nacional, 2012.

BRASIL. *Portaria DECEA nº 227/DGCEA, de 17 de outubro de 2016 - Aprova a reedição da ICA 100-12, Instrução sobre as “Regras do Ar”.* Ministério da Defesa, 2016.

BRASIL. *Portaria nº 3.796/SIA, de 20 de dezembro de 2016 – Aprova o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC nº 164, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Poder Executivo,* 2016.

BRASIL. *Ministério Público Federal. Condenação de ex-prefeito de Belém por não ter recolhido lixo dos entornos do aeroporto.* Disponível em: <<http://www.prpa.mpf.mp.br/ex-prefeito-de-belem-e-condenado-por-nao-remover-lixoes-da-area-de-aeroportos>>. Acesso em 02 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CLEARY, Edward C.; DOLBEER, Richard A.; WRIGHT, Sandra E.. *Wildlife strikes to civil aircraft in the United States 1990 – 2005. Federal Aviation Administration, National Wildlife Strike Database, Serial Report Number 12, USA,* 2006.

CRAIN, A. R.; BELANT, J. L.; DEVALULT, T. L.. *Carnivore incidentes with U.S aircraft. Transportation Research Part D: Transport and Environment,* 2015.

CRÍTICA. *A. Ave bate em hélice de avião que se preparava para pousar na cidade de Parintins (AM).* 2016. Disponível em: <http://www.acritica.com/channels/parintins-2016/news/ave-bate-em-helice-de-aviao-apos-pouso-no-aeroporto-de-parintins>. Acesso em 02 jun. 2020.

CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. *Responsabilidade do Estado nos acidentes aeronáuticos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DALE, Larry. *Personal and corporate liability in the aftermath of bird strikes: a costly consideration. Human-Wildlife Conflicts Journal.* v.3, n.2, p.216-225, 2009.

DIAS, Luciana. *Avião bate em anta na decolagem e faz pouso forçado em Manaus.* 2014. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,aviao-bate-em-anta-na-decolagem-e-faz-pouso-forcado-em-manaus,1503194>. Acesso em 02 jun. 2020.

DIVOP nº05/2015 – *Divulgação Operacional nº 05/2015 –* Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. 2015

FATO AMAZÔNICO - *Avião da Azul bate em urubu e segurança de pouso no aeroporto de Parintins volta ser discutida.* Disponível em: <http://www.fatoamazonico.com/site/noticia/aviao-da-azul-bate-em-urubu-e-seguranca-de-pouso-no-aeroporto-de-parintins-volta-ser-discutida/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION. *Reporting Wildlife Aircraft Strikes.* Disponível em: <https://www.faa.gov/aircraft/safety/report/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Ana Beatriz da Motta Passos. *Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais Decorrentes de condutas omissivas.* Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Amazonas. Manaus.

HONORATO, Marcelo. A colisão da aeronave da US Airways com pássaros e a responsabilidade civil: uma realidade brasileira. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2030, 21 jan. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12231>. Acesso em: 02 jun. 2020.

IBGE. *INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA*. Perfil dos Municípios Brasileiros – 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/> Acesso em: 02 jun. 2020.

INFRAERO. 2015. *Anuário Estatístico Operacional 2014*. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, Brasília, Distrito Federal, Brasil.

INFRAERO. *Gerenciamento do Risco da Fauna*. Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/meio-ambiente/programa-fauna.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 227.

LAMBERTO, Natália. Dez anos depois do acidente da Gol, famílias revelam sofrimento. 2016. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/09/25/internas\\_polbraeco,550316/dez-anos-depois-do-acidente-do-aviao-da-gol-familias-revelam-sofrimen.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/09/25/internas_polbraeco,550316/dez-anos-depois-do-acidente-do-aviao-da-gol-familias-revelam-sofrimen.shtml). Acesso em: 02 jun. 2020.

LEANDRO, Thaíse. *Acidentes Aéreos*. Disponível em <http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/Anexos/article/21/Risco%20Fauna%202013.pdf>: Acesso em: 02 jun. 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDONÇA, Flávio. A. C. Gerenciamento do perigo aviário em Aeroportos. *Rev. Conexão SIPAER*, v. 1, n. 1, 153- 173. Nov. 2009.

MORAIS, Francisco José Azevedo de. *Método de Avaliação do Risco Aviário em Aeroportos* f. Profissionalizante em Engenharia Aeronáutica e Mecânica. Instituição de Ensino: Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São José dos Campos Biblioteca Depositária: Biblioteca Central do ITA, 2012.

MONTEIRO, Cristiano Fonseca. Estado e mercado no transporte aéreo brasileiro pós-reformas. *Política & Sociedade*, vol. 8, n. 15, out 2009, p.117-143. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2009v8n15p117>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVAES, Weber Galvão; GROSMAN, Nájara V.; PIMENTEL, Dysianne S.; PRADA, Manrique. Notes Terrestrial mammal and reptile hazards in an airport in the Brazilian Amazon. *Human-Wildlife Interactions*. Vol. 1, article 15, p.122-127, 2016.

OLIVEIRA, H. R. B.; PONTES, F. O Risco Aviário e Resíduo Sólido Urbano: a responsabilidade do poder público municipal e as perspectivas futuras. *Revista Conexão SIPAER*, v. 1, n. 3, p.189-208, 2012.

OLIVEIRA, Henrique Rubens Balta de. *Risco de fauna: aplicando o SMS para o gerenciamento integrado no Brasil*. 2014. 163f. Dissertação de Mestrado Profissional em Segurança de Aviação e Aeronavegabilidade Continuada – Programa de Pós-Graduação em Engenharia Aeronáutica e Mecânica – Instituto Tecnológico de Aeronáutica, São José dos Campos.

OLIVEIRA, H. R. B.; SANTOS, L. C. B.; OLIVEIRA, C. M.; SILVA, J. P. *Anuário de Risco de Fauna 2015*. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA). Brasília. 2016.

PORFIRIO FILHO, Nelson de Freitas. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros. 2002.

PATRICK, K; SHAW, P. Bird strike hazard management programs at airports: what works? In: *IPEV (Instituto de Pesquisas e Ensaios em Voo)*, V Simpósio de Segurança de Voo do Instituto de Pesquisas e Ensaios em Voo, São José dos Campos, 28-30 agosto, 2012.

POZZETTI, Valmir César e SCHETTINI, Mariana Cruz. A Responsabilidade Civil do Empregador pelos Danos no Meio Ambiente do Trabalho. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12; n.24, p.287-318, jul./dez. 2015.

POZZETTI, V. C.; FONTES, J. C. *Lixões, Risco Aviário e a Responsabilidade Civil do Poder Público no Estado do Amazonas*. Uruguai, 2016.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Observações sobre a responsabilidade patrimonial do estado*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, vol. 28, n. 111, jul./set. 1991.

SEVERIANO, Adneison. *Suspensão de voos em Parintins no AM pode gerar prejuízo de R\$ 1 milhão*. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/10/suspensao-de-voos-em-parintins-pode-gerar-prejuizo-de-r-1-milhao.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SILVA, Arnaldo. Responsabilidade civil no direito aéreo e a problemática indenização do dano moral. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar (Coord.). *Estudos de direito aéreo*. Coimbra: Almedina, 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 5ª Região. *Apelação Cível nº 2000.05.00.017562-8*. Primeira Turma. Rel. Des. Fed Alcides Saldanha. Decisão Unânime.

VALÉRIA, Márcia. *Cenipa registra aumento de colisões de pássaros com aeronaves no Amazonas*. Disponível em: <http://new.d24am.com/noticias/amazonas/cenipa-registra-aumento-colisoes-passaros-aeronaves-amazonas/127303>. Acesso em: 02 jun. 2020.

---

**Recebido em:** 10/06/2020

**Aprovado em:** 09/10/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

POZZETTI, Valmir César; FONTES, Juliana de Carvalho; CROMWELL, Adriana Carla Souza. O risco da fauna amazônica brasileira e a responsabilidade civil por acidentes aéreos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.51-74, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/11/DIR41-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# COMPLIANCE AMBIENTAL, ALTERNATIVA DE EXPLORAÇÃO MINERAL EM RESERVAS INDÍGENAS?<sup>1</sup>

## ENVIRONMENTAL COMPLIANCE, MINERAL EXPLORATION ALTERNATIVE IN INDIGENOUS RESERVES?

Magno Federici Gomes<sup>2</sup>  
Ulisses Espártacus de Souza Costa<sup>3</sup>

**RESUMO:** A norma constitucional não regulamenta expressamente a exploração dos recursos naturais nas terras indígenas, prevendo-a somente após o exercício de consultas prévias das comunidades tradicionais envolvidas. Os objetivos deste artigo são estudar as autorizações do Congresso Nacional a particulares para promoverem atividades de mineração em reservas indígenas, as suas formalidades, a relevância da proibição pela consulta prévia e a participação soberana dos povos tradicionais. Os problemas a serem resolvidos envolvem a eficácia das consultas prévias para tutelar os interesses dos indígenas e ainda se o *compliance* pode contribuir para evitar decisões políticas submetidas exclusivamente ao interesse econômico. Foi utilizado o método dedutivo. Conclui-se que o *compliance* apresenta-se como uma ferramenta de auxílio, estabelecendo parâmetros para o exercício legítimo na busca de decisões que reflitam os interesses das comunidades indígenas e a salvaguarda de seus direitos, pois a atual sistemática de consultas prévias não as protege adequadamente.

**Palavras-chaves:** consulta prévia; mineração; participação popular; soberania; terras indígenas.

**ABSTRACT:** The constitutional norm does not expressly regulate the exploitation of natural resources in indigenous lands, but provides for this possibility after the prior consultations of the traditional communities involved. The objectives of this paper are to study the National Congress authorizations to private individuals to promote mining activities in indigenous reserves, their formalities, the relevance of the prohibition by prior consultation and the sovereign participation of traditional communities. The problems to be solved involve the effectiveness of prior consultations to safeguard indigenous interests and whether compliance can contribute to avoiding political decisions that are solely subject to economic interest. The deductive method was used. It is concluded that compliance is an aid tool, establishing parameters for legitimate exercise in the search for decisions that reflect the interests of indigenous communities and the safeguarding of their rights, as the current system of prior consultations does not adequately protect them.

**Keywords:** prior consultation; mining; popular participation; sovereignty; indigenous lands;

---

1 Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

2 Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual pela Universidad de Deusto/Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA.

3 Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Bolsista FAPEMIG. Advogado.



## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 (CR/88), em seu artigo 231<sup>4</sup>, garante aos índios direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas. No entanto, compete a União resguardar o patrimônio e direito dos indígenas, o que recepciona quase totalmente a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, qual seja, o Estatuto do Índio que reconhece os direitos e define quais comunidades indígenas são reconhecidas como comunidades tradicionais.

Assim, a CR/88 reconhece expressamente a proteção e direitos dos povos indígenas. No entanto, exige Lei Complementar para a organização e exploração econômica dos recursos minerais existentes em suas reservas, prévia consulta à comunidade envolvida, segundo artigo 231, §§ 6º e 3º, da CR/88.

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 07 de junho 1989, promoveu a Conferência Geral 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais, em que dedicou especial atenção à relação daqueles com as terras que ocupam, suas tradições e modos de vida. A Convenção 169 da OIT foi recepcionada pelo Brasil apenas em 2002, pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho, e pelo Decreto Presidencial 5.051, de 19 de abril de 2004. Portanto, 12 anos após a votação da Convenção, que inclusive o Brasil se absteve mesmo sendo um país com direito a voto na OIT e com mecanismos internos de reconhecimento parcial dos direitos indígenas, ainda não apresenta uma sistemática definida sobre a formalidade das consultas prévias para utilização das terras indígenas.

Passados 30 anos de vigência da CR/88, a questão econômica extrativista de minerais nas reservas indígenas ainda continua em aberto, sem a aprovação da indispensável Lei Complementar regulamentadora<sup>5</sup>. Com isso, o Poder Legislativo pratica verdadeira mercancia dos direitos indígenas, conforme interesses econômicos das bancadas que apresentam maior força no Congresso Nacional.

Com base no direito atribuído às comunidades indígenas do uso e fruição das terras que ocupam, o presente trabalho pretende responder os seguintes problemas: as consultas prévias a empreendimentos minerários exercem sua função de garantia dos interesses das comunidades tradicionais indígenas? Por sua vez, a instituição do *compliance* nos procedimentos de consultas prévias pode contribuir para o afastamento das decisões políticas embasadas apenas no interesse econômico, visando assegurar desenvolvimento diferenciado, equitativo e sustentável para as comunidades indígenas envolvidas?

Os objetivos do trabalho são a análise de questões permissivas de autorização pelo Congresso Nacional a particulares para promoverem atividades de mineração nas reservas indígenas, o estudo das suas formalidades, a relevância e força de proibição da consulta prévia da comunidade envolvida, bem como a participação soberana dos povos tradicionais.

A justificativa da pesquisa reside na necessidade de se estabelecer parâmetros técnicos e fidedignos a serem adotados pelo Congresso Nacional para concessão da exploração minerária em terras indígenas, evitando-se o conflito de interesses e critérios meramente políticos, em prejuízo da proteção ambiental e do direito dos povos formadores da sociedade.

---

4 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 out. 2019).

5 Existem os Projetos de Lei Complementar 260/1990 e 316/2013, ainda pendentes de conclusão pelo Congresso Nacional.



A pesquisa almejada é jurídico propositiva, uma vez que busca identificar na seara do direito internacional e interno os fatores que contribuam para a evolução e codificação do Direito das comunidades indígenas e nas ações implementadas pelo Brasil, bem como seus reflexos no reconhecimento das minorias protegidas e no desenvolvimento uniforme e equitativo delas com a população, para compreender ainda os interesses pela falta de regulamentação no ordenamento jurídico pátrio.

A metodologia da pesquisa que será utilizada é a dedutiva. Quanto aos meios, a pesquisa será a bibliográfica com uso da legislação nacional e internacional, doutrina e jurisprudência. Quanto aos fins, a pesquisa será a qualitativa. O marco teórico foi a teoria da ação comunicativa de Habermas.<sup>6</sup>

A partir desse contexto, o artigo apresentará os aspectos da participação popular na anuência para a atividade de exploração de minerais baseada na consulta prévia da comunidade tradicional e sua legalidade. Assim, começará fazendo uma contraposição entre os direitos minerais indígenas e a Lei Complementar de exploração econômica de recursos minerais nas reservas indígenas, passando para uma análise econômica do art. 231, § 6º, da CR/88. Após, trabalhará a consulta prévia da comunidade indígena afetada, sua ausência de formalidade, sugestão de parâmetros e se o *compliance* pode ser inserido nesse contexto. Por fim, passar-se-á ao estudo das autorizações do Congresso Nacional.

## **2 DIREITOS MINERAIS INDÍGENAS X LEI COMPLEMENTAR DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE RECURSOS MINERAIS NAS RESERVAS INDÍGENAS**

Os direitos dos indígenas seguem sem uma regulamentação, apenas com definições gerais, restando clara a possibilidade de extração dos recursos minerais quando autorizado pelo Congresso Nacional pós-consulta interna da comunidade envolvida. Além disso, a CR/88 prevê a possibilidade de remoção das comunidades indígenas a bem do interesse interno do país, disposição que deixa aberta a interpretação da norma, o que coloca as comunidades indígenas a mercê das intenções econômicas e políticas das maiorias partidárias do Congresso Nacional.

A ausência de formalidade técnica acerca dos procedimentos da consulta prévia e da participação popular das comunidades atingidas pela mineração, bem como dos parâmetros da autorização de exploração concedida pelo Congresso Nacional, acaba por asseverar demandas judiciais.

As consultas são realizadas por órgãos públicos que, em muitos casos, são compostos de vários cargos comissionados, e não existe qualquer sistemática acerca dos procedimentos da participação das comunidades. Os órgãos públicos incumbidos das pesquisas buscam a tomada de decisões através de consultas realizadas com as supostas autoridades dos povos indígenas, sem um rosto representativo, o que provoca a oposição de grupos dentro de uma mesma comunidade, judicializando a consulta sob a prerrogativa do aceite aquém do exercício soberano da comunidade.

A Convenção 169 da OIT busca assegurar os direitos indígenas de forma ampla e, após 29 anos de validade e 15 anos de reconhecimento pelo Brasil, as comunidades indígenas lutam pelo seu reconhecimento. Buscam a validade de seus direitos de diversidade cultural, da preservação de seus hábitos, costumes e suas terras.

Outros fatores controversos são os processos de reconhecimento da identidade da comunidade e de demarcação das terras, atos extremamente complexos e regados de atos

---

6 HABERMAS, Jürgen; SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

discricionários, o que acaba por gerar conflitos de interesses, visto que tais mecanismos mais se apresentam como cumprimento de protocolo legislativo.<sup>7</sup>

Tais posicionamentos se dão pelo domínio colonizador imposto sobre o Brasil, o que fez com que os índios sucumbissem à cultura europeia, desfazendo de seus costumes e hábitos, extinguindo comunidades inteiras pela escravização ou pela predominância dos costumes do colonizador, o que acaba por facultar ao Poder Público o exercício de ações discricionárias.

Tais fatos trazem a dificuldade de se reconhecer primariamente quem seriam esses povos indígenas do Brasil, assim como a demarcação de suas reservas e reconhecimento de sua cultura comum. Sobretudo a exploração dos recursos minerais sobre o critério de sua avaliação em consulta, sobre sua “visão indígena”.<sup>8</sup>

Frente a lacuna legal, quais são os órgãos governamentais que acompanham e assistem os indígenas nos processos de consultas? Quais os protocolos de consulta e como se dá a pesquisa entre a comunidade e os órgãos? A participação é efetiva, legítima e garante o exercício da soberania dos direitos da comunidade? Frente a todas essas questões a CR/88 mantém se inerte a ausência da Lei Complementar que deveria dispor e regulamentar o assunto, é o que se lê do artigo 231 e seus parágrafos.<sup>9</sup>

Assim, Habermas define que a autonomia consciente de um povo apenas se apresenta através da realização “autoconsciente da essência ética de uma comunidade”<sup>10</sup>, que nada mais é do que a autonomia moral do sujeito singular que deve ser expressadas através da “autonomia política” que á a vontade unida de todos, ou seja, a autonomia política passa a representar as liberdades e desejos de cada comunidade específica. Nesse passo, abre caminho para o processo democrático de construção da vontade dos indivíduos.

Sem a legitimidade das decisões consultadas, a proibição de remoção das comunidades das terras que ocupam não é absoluta, ficando a cargo do interesse público a decisão da remoção, a margem da existência de qualquer prévia situação ensejadora elencada. Dessa forma, fica sob o crivo do interesse discricionário do governo interno pontuar as excepcionalidades ensejadoras da remoção, que, no caso do Brasil, o poder de decisão foi conferido ao Congresso Nacional que atua pró interesses econômicos.

A Convenção 169 visou assegurar aos indígenas a igualdade de tratamento e de condições no exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, além de garantir a identidade cultural, sem discriminação em igualdade aos demais povos. O que é um vazio no Brasil até a presente data, haja vista que questões fundamentais como a exploração de recursos minerais ainda encontram em pauta.<sup>11</sup>

7 BRITO, Adam Luiz Claudino de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. a gestão ambiental das terras indígenas e de seus recursos naturais: fundamentos jurídicos, limites e desafios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, 2016, p.115. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v12i24.544>. Acesso em: 03 out. 2019.

8 FERREIRA, Adriany Barros de Britto. *Povos indígenas e a exploração dos recursos minerais: um estudo pautado no reconhecimento do direito à diferença no Estado socioambiental de direito*. 2013. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, p. 99. Disponível em: [http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/928c56d92ce9e287193679e1dea9f191.pdf](http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/928c56d92ce9e287193679e1dea9f191.pdf). Acesso em: 23 out. 2020.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 out. 2019.

10 HABERMAS, Jürgen; SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p.138.

11 DINO, Nathália Albuquerque. Entre a Constituição e a Convenção 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, v. 13, n. 42-43, jan./dez. 2014, p. 484. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/entre-a-constituicao-e-a-convencao-n-169-da-oit-o-direito-dos-povos-indigenas-a-participacao-social-e-a-consulta-previa-como-uma-exigencia-democratica>. Acesso em: 20 set. 2019.

A ausência de regulamentação ocorre também em outros países como na Índia, onde a Suprema Corte determinou a imediata suspensão das atividades para a solução do conflito da mineração de *Dongaria Kondh*. A empresa britânica *Vedanta Resources Plc* de mineração de bauxita exercia as atividades nas colinas sagradas de *Niyamgiri em Orissa*, a Suprema Corte em uma visão mais garantista pela proteção dos povos originários daquela região decretou a paralisação mediante a ausência de regulamentação legal, o que fez prevalecer o ativismo judicial, que nesse momento foi contrário aos interesses econômicos.

No entanto, o Tribunal, em contraponto com o estudo do Comitê no caso indiano, ofereceu à tribo apenas uma suspensão temporária, uma vez que ordenou à unidade indiana, *Sterlite Industries*, voltar com uma nova proposta para o projeto afastando a recomendação da Comissão de Estudos de Caso (CEC) de paralisação definitiva, o que permitiu que a mineração em *Niyamgiri Hills* continuasse, repercutindo em consequências desastrosas para a localidade, para o meio ambiente, para biodiversidade e para os meios de subsistência das pessoas, sobretudo para o modo de vida da comunidade indígena.<sup>12</sup> Portanto, o desdobramento das decisões frente a ausência de regulamentação legal pendem para o lado econômico, ressaltando o viés capitalista dos avanços econômicos em prol dos interesses locais.

A CR/88, em seu artigo 231, § 6º<sup>13</sup>, destaca que o solo e subsolo das reservas indígenas são de domínio exclusivo da União, cabendo a essa a destinação de sua exploração, nos termos da Lei Complementar. Não há limitação das atividades sobre as áreas que estejam eventualmente ocupadas, apenas determina a possibilidade de remoção de pessoas caso haja ocupação.

Por sua vez, o artigo 231, § 3º, da CR/88 salvaguarda a participação no resultado da lavra dos recursos minerais encontrados nas reservas para as comunidades indígenas ocupantes. Tal reserva caracteriza o direito parcial de propriedade da terra concedido às comunidades indígenas que é apenas o de ocupação. Ressaltando que os povos indígenas não podem explorar os recursos minerais ali existentes, apesar de ser garantido o percentual financeiro para a comunidade que não o administra diretamente.

Assim, cabe apenas para a comunidade a permissão da utilização direta de recursos naturais para a subsistência, vedada qualquer atividade comercial ou de mercancia dos recursos. Além da parcial concessão de moradia frente às necessidades econômicas e políticas.

A titularidade da ocupação é frágil, desvincula a ligação dos povos indígenas com a terra que ocupam, ressalva ainda que o subsolo é incontestavelmente propriedade da União, permanecendo a existência do conflito aparente de direitos sociais e de identidade *versus* o do julgo do domínio econômico e dos interesses particulares que são decididos pelo Poder Legislativo com aval do Poder Executivo mediante manifestação expressa da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).<sup>14</sup>

12 SAHU, Geetanjoy. Implications of Indian Supreme Court's innovations for environmental jurisprudence. *Law Env't & Dev. J.*, v. 4, 2008, p.13. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/leadjo4&div=4&id=&page=>. Acesso em: 17 dez. 2019; SANTOS, Jorge Luis Ribeiro dos. Povos indígenas, direito e Estado: rompendo cânones do integracionismo jurídico. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015, p.262. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n1.p256-283>. Acesso em: 17 dez. 2019.

13 Art. 231, § 6º, da CR/88. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 out. 2019).

14 BRITO, Adam Luiz Claudino de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. a gestão ambiental das terras indígenas e de seus recursos naturais: fundamentos jurídicos, limites e desafios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.24, 2016, p.114. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v12i24.544>. Acesso em: 03 out. 2019.

O que se constata é a existência de limites do uso e fruição das terras pela comunidade, sendo a fruição pela moradia e colheita dos recursos naturais, e um direito parcial a fruição dos recursos minerais. No entanto os interesses particulares são efetivados e permitidos pelo Poder Público, que se utiliza da CR/88 em relação a não regulamentação das formas de efetivação da exploração de recursos naturais e minerais nas terras indígenas por particulares.

As implicações dessa não regulamentação, em especial a desregulamentação das consultas prévias fragiliza a mobilização dos interesses da comunidade, e possibilitam a intervenção dos interesses da maioria partidária do Congresso Nacional sobre os direitos dos indígenas em prol do desenvolvimento econômico.

O alto grau de imersão dos órgãos públicos de forma política nas comunidades com sua vasta gama de cargos comissionados, bem como as vantagens concedidas a determinada gama da comunidade fragmentam a possibilidade de mobilização das comunidades, provocando rachas entre suas lideranças.

Outro apontamento sobre as consultas prévias livres e antecipadas é a não regulamentação por Lei Complementar que pré-disponha coro diferenciado para sua ocorrência, o que acaba por conceder maior liberdade e fluidez para aprovação das atividades mineratórias por parte dos particulares, pois há maior facilidade para aprovação das consultas e o consequente envio dos resultados para Congresso Nacional.

Essa ausência de regulamentação fragiliza os meios de participação na consulta prévia não permitindo a pré-disposição do exercício regular de manifestação construtiva que possibilite a legitimidade das manifestações e soberania dos direitos daqueles povos. Restando aos órgãos de representação a atuação de meros incentivadores de pequenos grupos dentro da comunidade, permitindo o predomínio do interesse particular sobre os interesses dos povos indígenas.

### **3 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E AS CONTROVÉRSIAS DO ARTIGO 231, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Uma hipótese de equalização da situação indígena atual no Brasil, ante as explorações clandestinas que já ocorrem em suas terras seria a regulamentação do processo de consulta direta das comunidades, bem como a formalização procedimental da autorização do Congresso Nacional na exploração dos recursos minerais.

A previsão deveria ser alcançada pela Lei Complementar já prevista pela CR/88 em seu artigo 231, § 6º, e não apenas para delimitação da atuação do Congresso Nacional, mas também na efetividade e relevância dos efeitos da consulta interna à comunidade envolvida, garantindo legitimidade ao poder político indígena.<sup>15</sup>

O reconhecimento expresso do direito à autodeterminação dos indígenas lhes garantirá investimentos de desenvolvimento social, além do manuseio e aproveitamento dos recursos naturais e minerais de suas reservas em conjunto com a União. Essa previsão garantirá isonomia dos povos indígenas com o restante da população. Afastará a intervenção discricionária de autorização do Congresso Nacional, mediada por meio dos órgãos de proteção indígenas já existentes no país. Tais assertivas pugnam por garantir soberania das decisões construídas pela comunidade no *múnus* de sua consulta livre, assistida e prévia.

---

15 DINO, Nathália Albuquerque. Entre a Constituição e a Convenção 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática. *Boletim Científico ESMU*, Brasília, v. 13, n. 42-43, jan./dez. 2014, p. 482. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/entre-a-constituicao-e-a-convencao-n-169-da-oit-o-direito-dos-povos-indigenas-a-participacao-social-e-a-consulta-previa-como-uma-exigencia-democratica>. Acesso em: 20 set. 2019.

Essa conduta sistêmica orientada pelos pilares da governança corporativa, sobretudo pelo *compliance*, garantiria clareza das informações e legitimidade das manifestações, pois se trata de uma atividade econômica que visa o lucro e o desenvolvimento econômico e social dos povos indígenas e do país, o que deve ser concretizado por políticas públicas<sup>16</sup>.

Para Lima<sup>17</sup>, a caracterização das consultas e o acompanhamento pelo Congresso Nacional é o almejado, mostrando-se contrários ao modelo atual delegado para as autarquias ou órgãos do Poder Executivo, como ocorre na atualidade.

A clareza das informações, e o trato correto dos interesses éticos e políticos sob o crivo da apreciação do Congresso Nacional confere credibilidade e legalidade para as decisões. Nota-se que as “consultas públicas não possuem caráter vinculativo, o que acaba por enfraquecer sua força nas tomadas de decisão.”<sup>18</sup>

No Brasil a questão é tratada ao acaso, porém deve-se compreender que o desenvolvimento sustentável e as atividades extrativas de minerais são vitais para uma nova forma de desenvolvimento integrador e equalizado. As temáticas ambientais, bem como os cuidados com as comunidades protegidas suscitam relevância desde a Eco 92, como nas conclusões do Relatório *Brundtland*.<sup>19</sup>

No entanto, as temáticas ambientais ainda são vistas como entraves a regulamentação, prevalecendo as autorizações às avessas, com pareceres de órgãos executivos que acabam por assoberbar o Poder Judiciário, que promove um ativismo judicial preocupante ao interpretar as situações não regulamentadas pela Lei em desfavor das comunidades indígenas e pró avanços econômicos e interesses políticos<sup>20</sup>.

Barreto ressalta a dificuldade do reconhecimento indígena e dos direitos daqueles como um entrave ao desenvolvimento, atrelado à falta de regulamentação, pois: “para saber quantos são os índios que vivem no Brasil, é necessário saber quem são os índios do Brasil após 500 anos de miscigenação. Existem diversos critérios para se definir quem é índio: racial, cultural, legal e de desenvolvimento econômico”.<sup>21</sup> O não reconhecimento fragiliza o exercício da soberania, pois como participar sem ser reconhecido? Tal fato acaba por disseminar a discriminação das comunidades pelos próprios órgãos de proteção envolvidos no processo das consultas prévias.

Nesse complexo quadro, a CR/88 e a Convenção 169 da OIT conferem direitos àqueles povos reconhecidamente como comunidades indígenas, como o direito de ocupação de terras e a exploração dos recursos naturais para sua subsistência. Ademais, afasta a sua utilização

16 Para analisar a relação entre as políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável, ver: GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p.155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 17 dez. 2019.

17 LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. *O compliance como instituto jurídico de combate à corrupção: uma análise da responsabilidade objetiva das empresas à luz da lei anticorrupção brasileira*. 2017, p.120. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.o.jsf?popup=true&id\\_trabalho=5379088](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.o.jsf?popup=true&id_trabalho=5379088). Acesso em: 20 abr. 2019.

18 ALVES, Fernando de Brito; SOUZA, Matheus Silveira Silveira de. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. *Argumenta Journal Law*, Paraná, n. 28, jan./jun., 2018, p. 109. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1272/pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

19 BARRETO, Maria Laura. *Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil*. Rio de Janeiro: MCT/CETEM, 2001, p. 05.

20 Para aprofundamento no ativismo judicial, ver: SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.15-154; GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no direito pátrio. *Revista Direito em Debate*, n. 51, v. 28, p. 100-110, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.100-110>. Acesso em: 17 dez. 2019.

21 BARRETO, Maria Laura. *Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil*. Rio de Janeiro: MCT/CETEM, 2001, p. 132.



pelo proveito econômico, excetuando-se o aproveitamento dos recursos minerais do subsolo e recursos hídricos, porque as terras ocupadas são geridas pela União e pertencem a ela o domínio econômico dos recursos naturais sob o solo e subsolo.<sup>22</sup>

A Convenção 169 da OIT dispõe em seus artigos 16 e 17 a possibilidade excepcional de remoção dos povos indígenas das terras que ocupam, após concordância desses, e ainda a possibilidade de alienação da terra pelos próprios ocupantes. No entanto, a CR/88 tratou o tema de forma diversa, tolhendo a liberdade de organização das comunidades indígenas e controlando o desenvolvimento em sua esfera de atuação.

Afasta a possibilidade de alienação da terra pelos indígenas, pois sequer confere direitos de propriedade, apenas constituindo um direito de uso precário de aproveitamento de parte dos recursos naturais para subsistência, como os de força hídrica, caça, pesca e plantio, todos direitos a serem utilizados sem preponderância econômica.

#### **4 CONSULTA PRÉVIA DA COMUNIDADE INDÍGENA AFETADA**

Inicialmente, insta ressaltar a distinção da autorização concedida pelo Congresso Nacional, da autorização dos órgãos competentes e da consulta prévia realizada na comunidade tradicional envolvida e sua efetiva participação para o exercício da soberania, pois aquelas são decisões finais, posteriores a consulta da comunidade. Importa entender como se dá o processo de consulta, sua formalidade, e os responsáveis pelo interesse da comunidade.

Existem diversas situações de conflito de interesses da comunidade indígena; do Congresso Nacional, assim como dos órgãos como implicativos diretos para autorização da exploração dos recursos minerais. A consulta prévia da comunidade deveria atuar diretamente na permissão ou proibição da atividade, o que muitas vezes é resolvido pelo ativismo judicial devido aos interesses particulares carreados pela ausência de regulamentação, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo.

A Convenção 169 da OIT determina que: “é dever do Estado a promoção da consulta prévia frente às comunidades, se incumbindo de esclarecer todas as questões envolvidas de forma que os indígenas compreendam com clareza”.<sup>23</sup> Ressalta ainda que o dever cabe aos Poderes Legislativo e Poder Executivo. No entanto, não esclarece a participação ativa e legítima da comunidade indígena no processo de anuência. Bem como, carece da Lei Complementar que definiria os critérios da participação.

Portanto, a consulta deveria ser um instrumento de clareza, um conjunto de procedimentos realizados pelo Estado na figura dos Poderes Executivo e Legislativo junto à comunidade com vistas a esclarecer a situação que envolve diretamente a vida, propriedade, costumes e interesses da comunidade. Após o esclarecimento a consulta atua como trato, acordo de vontades de adesão, aceite pela comunidade indígena das possíveis medidas apresentadas e sua aplicação direta para consecução das atividades. E não apenas com instrumento ratificador da decisão apontada pelo órgão de representação.

A consulta prévia deveria se portar de maneira diversa, como instrumento de clareza que permitisse a tomada de decisões da comunidade junto ao Estado, criando os projetos

---

22 BARRETO, Maria Laura. *Ouro brasileiro: um desafio empresarial*. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1998, p.100.

23 BRASIL. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm). Acesso em: 13 out. 2019.



e planos de desenvolvimento da atividade de maneira conjunta e não apenas uma adesão ou concordância por parte da comunidade. Deve ser fator de possibilitar a legitimidade das comunidades no exercício da soberania de seus direitos. Ato constitutivo de seus direitos e reconhecedor de garantias constitucionais já regulamentadas por Lei Complementar devido a especialidade da matéria elencada.

Cabe aos órgãos vinculados à administração indireta realizar os procedimentos de esclarecimento para que a comunidade indígena possa se posicionar sobre as matérias envolvidas na consulta. Em suma, os órgãos que deliberam sobre a autorização administrativa, também são os mesmos que promovem a consulta prévia, não existindo uma separação e independência de análises dos interesses e dos motivos angariados na consulta, sendo alguns dos órgãos de atuação intensa a FUNAI e o IBAMA.

A Convenção 169 da OIT em seu artigo 6<sup>o</sup><sup>24</sup> determina a responsabilidade das comunidades indígenas em apontar seus líderes ou representantes a fins de cada assunto. No entanto, a consulta não pode se dar apenas pela indicação da manifestação de vontade desses representantes, pois, como em um sistema de integridade, o tratamento da informação deve receber clareza e franqueza absolutas, sem distorções, permeada por vontade moral e ética, sob o melhor ponto de vista de cumprimento da finalidade de maneira correta, conforme os parâmetros éticos daquela comunidade, criando uma ideia de responsabilidade social para todo o grupo envolvido.<sup>25</sup>

Esse envolvimento moral da comunidade lhe garantirá a autorrealização ética que é o elemento que confere a soberania das decisões. A soberania é um elemento concorrente com os demais direitos e constitui a concretização das vontades da comunidade que se materializam pela expressão das ações individuais na construção da decisão a que se busca.<sup>26</sup>

A garantia da veiculação da informação com eticidade por todos os setores da comunidade é de extrema importância, pois todos são afetados e no caso a participação maciça da comunidade é fundamental para garantia da soberania da decisão, do exercício popular na construção e constituição do direito conferido aos indígenas pela CR/88. No entanto, a ausência de regulamentação, fragiliza os preceitos éticos de responsabilidade e principalmente afasta a imparcialidade da manifestação de vontade dos representantes da comunidade.

Dessa forma, o que pode se verificar é que o artigo 231 determina um exame prévio por parte do Congresso Nacional para a tomada da decisão legislativa de afetação da área demarcada, assim como das demais decisões e necessidades de remoção ou não

---

24 Artigo 6<sup>o</sup>. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra, 07 de junho de 1989. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf). Acesso em: 05 set. 2019).

25 BRAGATO, Adelita Aparecida Podadera Bechelani. *O compliance no Brasil: a empresa entre a ética e o lucro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2017, p.33. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=5001659](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5001659). Acesso em: 20 jan. 2019.

26 HABERMAS, Jürgen; SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p.133.

da comunidade da localidade. O processo mais se caracteriza como mero cumprimento de etapas para afastar nulidades da decisão apontada, sabido que o resultado da exploração não é revertido para a comunidade pobre ou que ocupa a terra, apenas leva a extinção das espécies que a habitam e a depredação total do ecossistema.<sup>27</sup>

Neste diapasão, verifica-se que a demarcação com a propriedade das terras concedidas às comunidades, as políticas de inclusão e proteção não reconhecem soberania à comunidade indígena, bem como sua autodeterminação. Verifica-se a interferência dos interesses do Congresso Nacional na autorização de exploração dos recursos minerais por particulares nas reservas indígenas. Além de interferências da autorização para a promoção das comunidades, contrariando preceitos e princípios constitucionais da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente sadio.

#### **4.1 Consulta e ausência de formalidade**

As consultas prévias destinam-se a informar e esclarecer as consequências, condições, impactos e deliberações necessárias para a instalação ou não de um empreendimento na comunidade indígena. Devem ter compromisso ético e moral de esclarecimento dos interesses e resultados e dos níveis de afetação do empreendimento para com a comunidade. Deve ser um procedimento de decisão que garanta igualdade de manifestação e poderes para as partes na construção da decisão de instalação ou não do empreendimento. Bem como, garantir acesso econômico a comunidade que detém o usufruto do solo ocupado.

No entanto, não existem protocolos ou determinações procedimentais de fases ou procedimentos que devam ser cumpridos com vistas a evitar, fraudes, subornos ou troca de favores. O caráter determinante da Convenção 169 da OIT esclarece que não seja uma mera reunião, mas determina que os órgãos de proteção promovam a instrução da comunidade. Não existe a necessidade de se apresentar um relatório detalhado do alcance de resultados da informação. Sequer informam a necessidade de realização ou formalização de laudo antropológico que constate a integridade da informação para os indígenas e se os meios utilizados foram capazes ou eficazes em levar o conhecimento a tribo. Tais fatos diminuem a capacidade argumentativa das comunidades e de exercício de seus poderes políticos.

Assim, carece de um amparo técnico adequado, que poderia perfeitamente ser pautado nos critérios da governança corporativa, sendo eles, garantia da viabilidade econômica, controle dos riscos da atividade, precaução dos riscos desnecessários, atuação ética e ílibada e sobretudo clareza e franqueza da informação. Uma atuação com transparência pelos órgãos e pelo Congresso Nacional, de forma a garantir a equidade de desenvolvimento econômico com o desenvolvimento da comunidade afetada, além da prestação de contas e responsabilidade de desenvolvimento sustentado nas ações corretas do Poder Legislativo e Executivo, vez que o desenvolvimento sustentável necessita de toda uma formalidade ética que promova o equilíbrio e conformidade das atuações com a lei e a transparência com vistas a afastar a corrupção.<sup>28</sup>

Seria a busca por uma atuação transparente por parte do governo, atuação ética e moral, com vista a prevalecer o interesse comum de desenvolvimento sustentável com respeito as garantias fundamentais, uma mudança de postura de atuação e de trabalho por

27 BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p.11-29, set./dez. 2016, p.13. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897/515>. Acesso em: 20 out. 2019.

28 BLOCK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, p.237-239.

parte dos atores<sup>29</sup> que compõem a sistemática das consultas públicas indígenas de modo a conferir a real participação na adequada construção soberana de validade de suas vontades.

Por mais que vários direitos sejam salvaguardados às comunidades indígenas, essas ainda não são devidamente amparadas, devido ao fato de serem minoria frente às demais etnias do país. São preteridas ante aos interesses pessoais de órgãos representativos, políticos e pelo poder econômico do mercado particular da mineração. A ideia é criar um ambiente de governança que estabeleça um “ambiente político fluído e flexível que promova os processos, o que criará um ambiente mais propício à participação e ao diálogo”<sup>30</sup>

As formalidades serão adaptáveis às necessidades, pois serão tratadas como oportunidades de desenvolvimento e não como ambiguidades a se resolver. Tais perspectivas estabelecem o nexos entre o interesse da comunidade e o desenvolvimento sustentável almejado pelo poderio econômico, retirando a retórica formal da consulta levando-a campo construtivo democrático aferindo legitimidade a participação, o que garantirá uma solidez da soberania da comunidade. E maior proteção ambiental, abrindo se um diálogo que alinhe a questão ambiental a social, salvaguardando o meio ambiente e evitando catástrofes étnicas e socioambientais.<sup>31</sup>

Como a atividade minerária nas aldeias indígenas necessitam de autorização do Congresso Nacional, esse deveria se apresentar de forma positiva, mediante atuação concisa, acompanhando os processos de consulta, garantindo assim menos conflitos acerca da divergência de autorização pela comunidade, levando em consideração que o Congresso Nacional zela pelos interesses do Estado e do povo. No entanto, o que se percebe é a supremacia do interesse econômico sobre a democracia participativa na construção de políticas públicas em relação à participação das comunidades indígenas.

#### 4.2 Sugestão de parâmetros comuns e compliance

O *compliance* é um sistema de integridade baseado em uma conduta ética de regulação interna de instituições privadas ou públicas que desejam estar em conformidade com a legislação nacional, internacional e regulamentos administrativos, bem como com princípios éticos e códigos internos de condutas. O termo é um verbo oriundo do idioma inglês *to comply*.

O *compliance* se originou nos Estados Unidos da América (EUA) e, primeiramente, visava regular as atividades dos particulares atuantes no sistema jurídico financeiro com vistas a evitar subornos e fraudes contábeis. Sua premissa básica era a instituição de um código de condutas interno, visando equalizar o sistema de atuação e, conseqüentemente, afastar o conflito de interesses, bem como atos de corrupção. Com o passar dos anos, o *compliance* demonstrou ser uma importante ferramenta para adequar a atividade empreendedora e

29 GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Warley Ribeiro. Corrupção e objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, n. 01, p. 263-282, jan./mar. 2018, p. 266. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.17.n.1.2018.1088>. Acesso em: 17 dez. 2019.

30 Tradução livre parcial de: “Next, the concept of noncoerciveness refers to new governance’s aim to create a fluid and flexible policy environment that fosters “softer” processes, which will create an environment more conducive to participation and dialogue. The new governance model also requires adaptability and constant learning, recognizing the inevitability and fertility of change while treating ambiguity as opportunity rather than a burden to overcome” (LOBEL, Orly. New governance as regulatory governance. In: LEVI-FOUR, David. *The Oxford Handbook of Governance*. San Diego: University of San Diego School of Law; Harvard Law School, 2012. San Diego Legal Studies Paper, *Research Paper* n. 12-101, nov. 2012, p.5-6. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2179160](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179160). Acesso em: 27 set. 2019).

31 MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza. O estado de direito socioambiental como condição de possibilidade destinada à tutela do futuro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p.11-37, maio/ago. 2018, p.17. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i32.1159>. Acesso em: 17 dez. 2019.

institucional à pluralidade sistêmica e normativa.

O *compliance* estabelece que as atividades dos empreendedores ou dos órgãos públicos devem ser transparentes e sua atuação deve ser clara e concisa, de forma a possibilitar a adequada prestação de contas de suas ações. A adoção de um sistema de conduta ética interna aumenta a capacidade de resposta (*responsiveness*) socialmente adequada perante os agentes da sociedade e do Estado, bem como do Estado para com a sociedade.<sup>31</sup>

Neste tópico, sua análise se dará como um instrumento de afirmação de uma cultura de integridade e cumprimento das Leis e normatizações, para transparência das ações a serem tomadas pelas instituições públicas e privadas.

As consultas devem ser realizadas baseadas em códigos de ética, pois são norteadores de princípios e normas estabelecidos e aceitos por determinada sociedade em uma determinada época. Essa identidade é construída pelos costumes e valores externos em franco choque com a comunidade a ser consultada. Assim as decisões podem ser embasadas nos comportamentos e interesses da coletividade<sup>32</sup>, sem prejuízo de explicação técnica do empreendimento para a comunidade.

Não se trata de burocratização de condutas, mas de garantir minimamente a formalidade adequada com parâmetros específicos, conforme os interesses comuns da comunidade indígena dentro da orbita do desenvolvimento sustentável e interesse econômico nacional. A formalidade visa conter o capitalismo predatório e desleal, buscando garantir a perpetuidade da comunidade a preservação ambiental e a aplicação do melhor interesse econômico de preservação e desenvolvimento social e econômico de exploração<sup>33</sup>.

Os órgãos de representação carecem da expertise de engenharia e dos conhecimentos técnicos dos órgãos estritamente ambientais, o que aumentam as chances de distorções das informações, muitas vezes repassadas de maneira menos adequada e completa do que a deviam ser propagadas. Fatores esses que causam a compreensão parcial dos fatos, vinculam a comunidade indígena a manifestações equivocadas. Como a informação é inadequada, isso é fator preponderante para a limitação da participação e expressão de vontade da comunidade. Não há sustentação do sentido cognitivo do discurso, nem do poder comunicativo.<sup>34</sup>

Os esclarecimentos técnico e social visam o afastamento do conflito de interesses e conferem clareza no trato da informação, para que a consulta se dê de forma ampla, objetiva e precisa. Dessa forma, tem-se uma fiscalização efetiva e com devido acesso a todos os registros de informações, inclusive as informações técnicas, o que permitiria prevenir riscos e perda dos direitos das comunidades consultadas.

31 COSTA, Ulisses Espártacus de Souza. *Compliance ambiental e a legitimidade das consultas prévias em terras indígenas*. 2019. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, p. 80. Disponível em: [http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/ece2975cef6365d1d9cf7dcb78cb37c.pdf](http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/ece2975cef6365d1d9cf7dcb78cb37c.pdf). Acesso em: 23 out. 2020. Para aprofundamento nos conceitos de regulação responsiva, por meio de arquitetura de escolha no segmento minerário, ver: BASTIANETTO; GOMES, 2017b, p. 207-219.

32 CANDELORO, Ana Paula P; RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2. ed. São Paulo: Trevisan, 2015, p.56.

33 Para aprofundamento no conceito de Estado Democrático de Direito Socioambiental e ainda na relação litigiosa entre o Direito ambiental e a economia, bem como sobre a forma de limitação de lucro voraz insustentável, ver: BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo; GOMES, Magno Federici. Justiça ambiental e democracia: uma construção processual. In: GAIO, Daniel; SILVA, Lara Ramos da (Coords.). *Anais do 1º Congresso Mineiro de Direito Ambiental: perspectivas e desafios para a proteção do meio ambiente na contemporaneidade*. Belo Horizonte, 18 e 19 de outubro de 2017. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2017a, p.168-175. Disponível em: [https://www.academia.edu/37129690/JUSTI%C3%87A\\_AMBIENTAL\\_E\\_DEMOCRACIA\\_UMA\\_CONSTRU%C3%87%C3%83O\\_PROCESSUAL](https://www.academia.edu/37129690/JUSTI%C3%87A_AMBIENTAL_E_DEMOCRACIA_UMA_CONSTRU%C3%87%C3%83O_PROCESSUAL). Acesso em: 17 dez. 2019.

34 HABERMAS, Jürgen; SIEBENECHLER, Flávio Beno. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1, p.190.

Necessário o acompanhamento por auditoria externa com vistas a salvaguardar a fidelidade das informações e o real entendimento dos anseios da população indígena envolvida. Ao se verificar os vícios de consentimento e sanados os problemas, com o fito de dar fluidez as consultas, com a sistematização dos procedimentos pelo sistema de *compliance*. Sem se esquecer da garantia de clareza das informações aos envolvidos, afastando vícios na consulta e a efetividade da participação da comunidade.<sup>35</sup>

Não se trata de burocratização da consulta, nem encarecimento dos procedimentos, mas fiscalização, correção e autuação das inconsistências da informação, com vista à garantia de um cumprimento ético, tanto dos interesses dos particulares, quanto dos direitos e interesses das comunidades envolvidas e afetadas pelos empreendimentos de exploração mineral.

Não por menos, o próprio artigo 6º, item 2, da Convenção 169 da OIT ressalva que as consultas deverão ser permeadas por boa-fé, fazendo com que as empresas de auditoria contratadas hajam primariamente com zelo e compromisso com a Lei e com os anseios e interesses da comunidade, garantindo um desenvolvimento econômico sustentável.

As empresas de auditoria devem ser particulares e consolidadas no mercado. A contratação deve ser mediante concorrência, licitando a melhor técnica, com vistas a assegurar o respeito e verificação dos protocolos de implantação das fases da consulta prévia.

A verificação deve se dar desde a explicação do empreendimento, as alterações propostas pela comunidade, às deliberações do projeto com ampla e efetiva participação de toda comunidade afetada pelo senso demográfico da FUNAI, com a finalidade de dar garantia de participação massiva da comunidade, com a expressão da essência da autonomia moral individual dos componentes envolvidos no empreendimento.

Após a fase de deliberações, avançaria à fase de avaliação das manifestações da comunidade com a adequação do projeto técnico acompanhado por técnicos das associações representativas, bem como, das empresas promotoras do empreendimento. Tudo com vista a garantir a responsabilização de atuação e implementação dos empreendimentos dentro das perspectivas e normas que garantam a mínima alteração dos costumes da comunidade e da geografia do terreno. Pois, esses são aspectos fundamentais da manutenção da existência do povo.

Os procedimentos devem ser transparentes, ter equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. E deveriam ser acompanhados por comissão específica parlamentar do Congresso Nacional<sup>36</sup>, garantindo protagonismo de defesa ao Congresso Nacional, obrigando a sua atuação de maneira vinculada e concisa, com o conhecimento das questões que envolvem o empreendimento e a comunidade afetada.

Portanto, não se trata de delegação da consulta a empresas particulares, mas sim realização da consulta pelos órgãos administrativos e legislativos com sistemática de controle de integridade e fiscalização pelas associações de proteção indígena, com fito de se garantir a prevalência dos direitos dos indígenas na participação efetiva de sua intenção de vontade, com vistas a autodeterminação e concretização da soberania das decisões do povos indígenas na construção do consenso/dissenso com o empreendimento, assim como o desenvolvimento sustentável, social e econômico da localidade e de seus interesses.

---

35 CANDELORO, Ana Paula P; RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2. ed. São Paulo: Trevisan, 2015, p.7.

36 COSTA, Beatriz Souza; GUEDES, Isabel Camargo. A responsabilidade dos municípios na concretização dos elementos ambientais e urbanísticos no parcelamento do solo urbano e suas nuances no recurso especial 1.594.361. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 34, p. 93-105, jan./abr. 2018, p.103. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito>. Acesso em: 01 nov. 2019.



## 5 AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL

Há de se entender que a interferência dos interesses do Congresso Nacional na autorização de exploração dos recursos minerais por particulares nas reservas indígenas pode ser manifestamente contrária a preceitos e princípios constitucionais da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente sadio.

A importância de internalizar tais problemas provoca emergentes discussões na sociedade globalizada, haja vista o crescente interesse econômico existente nas reservas indígenas devido existência de grandes jazidas minerais no subsolo e extensas áreas de interesse pecuário. Além das paisagens naturais com exuberância de fauna e flora que saltam aos olhos do mercado imobiliário.<sup>37</sup>

A exploração clandestina é outro problema dentro das reservas indígenas e deve ser combatida com medidas efetivas que resguardem não apenas a União, mas de acordo com a norma constitucional, protegendo e garantindo que as comunidades tradicionais se perpetuem, conferindo a identidade da nação multicultural do Brasil, em equilíbrio com o desenvolvimento econômico sustentável pela exploração dos recursos minerais, salvaguardando os interesses de desenvolvimento indígena e do país. Tal atividade também é fundamental para a manutenção do desinteresse do Estado na regulamentação devido o conflito de interesse aqui exposto.

Devido ao choque direto frente a vários dispositivos legais retóricos as comunidades são invisíveis em suas próprias terras, se tornando um verdadeiro empecilho para o desenvolvimento econômico. Para viabilizar o avanço das fronteiras agrícolas no norte do país, por exemplo, não raras as vezes que a medida adotada foi a de “limpeza da área”, ou seja, de dizimação de comunidades indígenas inteiras para que o avanço se concretizasse.<sup>38</sup> No entanto, a autorização do Congresso Nacional se dá depois da completa verificação dos estudos de impacto ambiental e dos relatórios de impacto ambiental, pós consulta da comunidade. Observa-se a ausência de interveniência do Congresso Nacional nos trâmites de verificação da consulta, mais cabendo ao Congresso Nacional referendar o já aceito pela comunidade após a demonstração pelos órgãos de proteção e ambiental, a margem de qualquer critério pré-estabelecido.

A ideia seria que a decisão da comunidade referendada pelo Congresso Nacional propusesse o pleno desenvolvimento nos termos do Estado Democrático de Direito<sup>39</sup>, haja vistas que a decisão seria constituída com apoio e esclarecimento do IBAMA e da FUNAI com vistas ao exercício da soberania da vontade da comunidade em conformidade com o desenvolvimento social e econômico. No entanto, os órgãos atuam apenas primariamente no elemento cognitivo da comunicação ficando de fora o elemento ético de construção integrada da decisão.

O STF já se posicionou contrário à necessidade de aquiescência das comunidades

37 GOMES, Ronaldo Martins; LUIZ, Maria Cecília. Ação comunicativa e deliberação: contribuições de Habermas à democracia. *Revista On Line de Política e Gestão Educacional*, Araraguara, n. 12, p. 61-81, 2012, p.64. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=61+A%C3%87%C3%830+COMUNICATIVA+E+DELIBERA%C3%87%C3%830%3A+CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES+-DE+HABERMAS+%C3%80++DEMOCRACIA&btnG=#d=gs\\_cit&p=&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AAm8Zs38-Js8J%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Dpt-BR](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=61+A%C3%87%C3%830+COMUNICATIVA+E+DELIBERA%C3%87%C3%830%3A+CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES+-DE+HABERMAS+%C3%80++DEMOCRACIA&btnG=#d=gs_cit&p=&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AAm8Zs38-Js8J%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Dpt-BR). Acesso em: 12 set. 2019.

38 CURI, Melissa Volpato. Aspectos legais da mineração em terras indígenas. *Revista de Estudos e Pesquisas*, FUNAI, Brasília, v. 4, n. 2, p. 221-252, dez. 2007, p.222. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=Aspectos+legais+da+minera%C3%A7%C3%A3o+em+terras+ind%C3%ADgenas&btnG=](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Aspectos+legais+da+minera%C3%A7%C3%A3o+em+terras+ind%C3%ADgenas&btnG=). Acesso em: 05 set 2019.

39 GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017, p. 96. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 17 dez. 2019.



para a implantação dos empreendimentos nas terras em que ocupam, afirma, ainda a decisão, que deve prevalecer à supremacia do interesse público e o desenvolvimento do país não deve depender de aquiescência dos povos indígenas. Vai além e afirma que “em uma democracia as divergências são normais e esperadas”<sup>40</sup>, colocando em xeque os direitos internacionais guarnecidos pela OIT e os fundamentais garantidos pela CR/88.

Assim não parece que as decisões de autorização do Congresso nacional assumem o papel determinado pelo Estado Democrático de Direito na construção da legitimidade da ordem jurídica construída a partir da participação popular. Prevalecendo os interesses econômicos e pessoais das grandes empresas que assumem as atividades exploratórias com o crivo do Estado na figura dos Poderes Legislativo e Executivo; escoradas pelo ativismo judicial pró economia.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática desta pesquisa foi a exploração econômica das terras indígenas, cujos problemas eram: as consultas prévias a empreendimentos minerários cumprem sua finalidade de assegurar as pretensões das comunidades tradicionais? Ademais, a exigência de programas de integridade (*compliance*) em tais procedimentos de consultas poderá afastar o conflito de interesses?

A partir da investigação, os seguintes resultados e respostas foram obtidos, respectivamente:

Ao analisar a efetivação da titulação da propriedade das reservas indígenas para as comunidades tradicionais, assim como ao verificar a possibilidade de maior participação das comunidades nos processos de exploração dos minerais na tentativa de redução das desigualdades sociais, percebe-se que tais instrumentos deveriam ser utilizados para proporcionar menos desigualdade social entre os povos.

Salienta-se a necessidade de atuar com garantias de subsistência com a defesa e respeito da dignidade da pessoa humana, piso vital mínimo e o desenvolvimento através de medidas legais adotadas pela União e pelos órgãos de proteção indígena, com vista a garantir mecanismos de afastamento da corrupção e da preponderância do interesse particular sobre o público.

O que se percebe, entretanto, são situações de afastamento da comunidade indígena das suas terras pelos mais variados interesses internos e externos, sendo os mais comuns o de exploração mineral, atividade agropecuária e de extração de recursos biológicos, sob o discurso falacioso de implementação de desenvolvimento econômico e social.

Nesse compasso, as empresas se valem da autorização concedida pelo Congresso Nacional para a exploração do solo, subsolo, dos potenciais energéticos e de tantos outros bens naturais das terras indígenas, permitindo aos particulares a utilização de recursos que deveriam ser revertidos a favor da comunidade primária, tanto para manutenção de moradia quanto para subsistência dos seus usos, costumes, tradições e cultura, além do desenvolvimento econômico e social.

A consulta prévia, livre e informada à população afetada não garante a efetiva participação popular dos indígenas e, conseqüentemente, a soberania das decisões

---

40 MEDEIROS, Rodrigo. Evolução das tipologias e categorias de áreas protegidas no Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 9, n.1 Campinas Jan./Jun. 2006, p.42. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2006000100003>. Acesso em: 17 dez. 2019.

no modelo atual. Os parâmetros de consulta e cuidado com a cultura da comunidade permanecem em um limbo, sem legislação ou definição normativa, o que produz situações iminentes de risco para os indígenas e promovem o poderio econômico como ditador de regras de desenvolvimento econômico.

Enquanto não se supera tal dilema, várias controvérsias se apresentam, inclusive a dificuldade para definir políticas para regulamentação do tema de extração dos recursos minerais existentes em terras indígenas. A assertiva remonta a retórica da intocabilidade econômica das terras indígenas que é permitida de maneira pontual a determinados seguimentos, com o aval dos Poderes do Estado. Essa situação coloca em risco significativa parte da sociedade brasileira e evidencia a polêmica em relação ao aproveitamento dos recursos naturais e minerais, do desenvolvimento econômico e da evolução de novas técnicas de preservação ambiental que possam ir além da intocabilidade dos sítios protegidos.

Outro fator importante é a omissão sobre a decretação de qualquer impacto ambiental desfavorável aos indígenas, rascunhando a CR/88 apenas pelo proveito econômico garantido, prevendo a possibilidade de remoção da comunidade das terras que ocupam a critério do interesse do governo interno do país. Essa é uma postura negligente quanto às formas de participação para o exercício democrático que garanta a soberania dos povos indígenas. Sobretudo na participação e manifestação sobre a sua remoção, suprimindo de vez a autodeterminação e exteriorização da ética individual dos elementos da comunidade consultada.

O conflito de interesses estabelecido é que a exploração irá interferir na preservação dos costumes e tradições dos povos indígenas, ou na própria sobrevivência deles, sendo essa também uma preocupação do Poder Público. Assim, não são raros vários incidentes de contaminação, doenças e conflitos violentos entre as mais variadas classes de exploradores dos recursos e os indígenas ocorrerem com certa frequência no território nacional.

O jogo político de interesses partidários se apresenta com vistas a garantir a exploração dos recursos naturais nas reservas indígenas, atrapalhando os meios de sobrevivência fundamentais para o desenvolvimento das comunidades e sua perpetuação.

A manutenção da forma de exploração atual é um risco que se apresenta não apenas para a extinção das comunidades indígenas, mas para uma gama imensurável de biodiversidade, dada as condições de preservação das terras indígenas, pois são paraísos naturais supostamente protegidos por legislação especial que visa sua conservação.

A implementação dos elementos do *compliance* na consulta prévia, buscaria não só a clareza das informações, como a possibilidade de construção cognitiva das decisões com a efetiva participação popular, o que configuraria a soberania das intenções da comunidade em relação aos eventos consultados, bem como criariam procedimentos objetivando o trato das informações com a prevenção dos riscos de toda ordem (sociais, ambientais e econômicos) e a intervenção das intenções particulares sobre os interesses públicos.

Por sua vez, o *compliance* se apresenta como um instrumento de integridade apto a conferir clareza ética de participação efetiva da comunidade indígena na construção do destino de afetação de suas terras. Instrumento esse a ser acompanhado pelo Congresso Nacional através de participação efetiva, não apenas com análise dos relatórios de manifestações que referendaram uma decisão, mas sim a constituição de uma decisão sustentada pelo elemento cognitivo informativo, pautada no elemento construtivo integrado da tomada de decisões em conjunto com a comunidade protegida, bem como dos órgãos de proteção e do meio ambiente.

O modelo atual de consulta participativa das comunidades indígenas, mostra-se

obsoleto e não representativo, o que coloca em risco a autodeterminação da comunidade, bem como a soberania de suas decisões. Assim, o *compliance* como instrumento de integridade, alicerçado nos pilares da governança corporativa, mostra-se viável para o afastamento do interesse particular sobre o público (conflito de interesses), possibilitando a exploração mediada e fiscalizada das terras indígenas com vista ao crescimento do país e salvaguarda dos avanços diferenciados dos indígenas.

Assim, haverá garantia de efetiva participação dos interessados, resguardando a integridade da ética individual, exercitada pela política democrática de concretização da soberania e autodeterminação das decisões das comunidades indígenas na construção de sua manifestação livre, previa e instruída frente aos interesses de exploração de suas terras.

Dito isso, os objetivos deste estudo foram alcançados, porque se analisou qualitativamente as autorizações do Congresso Nacional para que investidores minerem em reservas indígenas, pesquisando suas formalidades e, em especial, a consulta prévia da comunidade tradicional envolvida.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; SOUZA, Matheus Silveira Silveira de. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. *Argumenta Journal Law*, Paraná, n. 28, p. 107-124, jan./jun., 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1272/pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

BARRETO, Maria Laura. *Mineração e desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil*. Rio de Janeiro: MCT/CETEM, 2001.

BARRETO, Maria Laura. *Ouro brasileiro: um desafio empresarial*. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1998.

BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo; GOMES, Magno Federici. Justiça ambiental e democracia: uma construção processual. In: GAIO, Daniel; SILVA, Lara Ramos da (Coords.). *Anais do 1º Congresso Mineiro de Direito Ambiental: perspectivas e desafios para a proteção do meio ambiente na contemporaneidade*. Belo Horizonte, 18 e 19 de outubro de 2017. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2017a. p. 168-175. Disponível em: [https://www.academia.edu/37129690/JUSTI%C3%87A\\_AMBIENTAL\\_E\\_DEMOCRACIA\\_UMA\\_CONSTRU%C3%87%C3%83O\\_PROCESSUAL](https://www.academia.edu/37129690/JUSTI%C3%87A_AMBIENTAL_E_DEMOCRACIA_UMA_CONSTRU%C3%87%C3%83O_PROCESSUAL). Acesso em: 17 dez. 2019.

BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo; GOMES, Magno Federici. Regulação ambiental da atividade minerária: uma análise econômica de compliance. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 207-219, jan./abr. 2017b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4571>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27p. 11-29, set/dez 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897/515>. Acesso em: 20 out. 2019.

BLOCK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

BRAGATO, Adelita Aparecida Podadera Bechelani. *O compliance no Brasil: a empresa entre a ética e o lucro*. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.o.jsf?popup=true&id\\_trabalho=5001659](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.o.jsf?popup=true&id_trabalho=5001659). Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar 316, de 2013. Regulamenta o § 6º do art. 231, da Constituição Federal de 1988 definindo hipótese de relevante interesse público da União para fins de demarcação de Terras Indígenas. Deputado Marco Maia. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 22 ago. 2013.

Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=588801>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 abr. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm). Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.html>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar 260, de 1990. Define a hipótese de “relevante interesse público da União”, para os fins previstos no art. 231, parágrafo 6º, da Constituição. Senador Carlos Patrocínio. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 29 out. 1990. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21623&ord=1>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 392/DF. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Regulamento. Possível extravasamento revelado quando da edição de regulamento resolve-se no campo da legalidade. Descabe, no caso, discuti-lo em demanda direta de inconstitucionalidade. A Portaria 773, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstancia o regulamento de que cogita o artigo 74 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança), sendo impróprio o ajuizamento, contra ela, da citada demanda. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 20 jun. 1991. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 ago. 1991. Seção 01, p. 11264. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRITO, Adam Luiz Claudino de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. a gestão ambiental das terras indígenas e de seus recursos naturais: fundamentos jurídicos, limites e desafios. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 97-123, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v12i24.544>. Acesso em: 03 out. 2019.

CANDELORO, Ana Paula P; RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2. ed. São Paulo: Trevisan, 2015.

COSTA, Beatriz Souza; GUEDES, Isabel Camargo. A responsabilidade dos municípios na concretização dos elementos ambientais e urbanísticos no parcelamento do solo urbano e suas nuances no recurso especial 1.594.361. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 34, p. 93-105, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito>. Acesso em: 01 nov. 2019.

COSTA, Ulisses Espártacus de Souza. *Compliance ambiental e a legitimidade das consultas prévias em terras indígenas*. 2019. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC. Disponível em: [http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/ece2975cef6365d1d9cf7dcbe78cb37c.pdf](http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/ece2975cef6365d1d9cf7dcbe78cb37c.pdf). Acesso em: 23 out. 2020.

CURI, Melissa Volpato. Aspectos legais da mineração em terras indígenas. *Revista de Estudos e Pesquisas*, FUNAI, Brasília, v. 4, n. 2, p. 221-252, dez. 2007. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=Aspectos+legais+da+minera%C3%A7%C3%A3o+em+terras+ind%C3%ADgenas&btnG=](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Aspectos+legais+da+minera%C3%A7%C3%A3o+em+terras+ind%C3%ADgenas&btnG=). Acesso em: 05 set 2019.

DINO, Nathália Albuquerque. Entre a Constituição e a Convenção 169 da OIT: o direito dos povos indígenas à participação social e à consulta prévia como uma exigência democrática. *Boletim Científico*



ESMPU, Brasília, v. 13, n. 42-43, p. 481-520, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro-dezembro-2014/entre-a-constituicao-e-a-convencao-n-169-da-oit-o-direito-dos-povos-indigenas-a-participacao-social-e-a-consulta-previa-como-uma-exigencia-democratica>. Acesso em: 20 set. 2019.

FERREIRA, Adriany Barros de Britto. *Povos indígenas e a exploração dos recursos minerais: um estudo pautado no reconhecimento do direito à diferença no Estado socioambiental de direito*. 2013. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC. Disponível em: [http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos\\_dissertacoesdefendidas/928c56d92ce9e287193679e1dea9f191.pdf](http://posgraduacao.domhelder.edu.br/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/928c56d92ce9e287193679e1dea9f191.pdf). Acesso em: 23 out. 2020.

GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no direito pátrio. *Revista Direito em Debate*, n. 51, v. 28, p. 100-110, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.100-110>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Warley Ribeiro. Corrupção e objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, n. 01, p. 263-282, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.17.n.1.2018.1088>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GOMES, Ronaldo Martins; LUIZ, Maria Cecília. Ação comunicativa e deliberação: contribuições de Habermas à democracia. *Revista On Line de Política e Gestão Educacional*, Araguara, n. 12, p. 61-81, 2012. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=61+A%C3%87%C3%83O++COMUNICATIVA+E+DELIBERA%C3%87%C3%83O%3A+CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES+DE+HABERMAS+%C3%80++DEMOCRACIA&btnG=#d=gs\\_cit&p=&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AAm-8Zs38-Js8J%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Dpt-BR](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=61+A%C3%87%C3%83O++COMUNICATIVA+E+DELIBERA%C3%87%C3%83O%3A+CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES+DE+HABERMAS+%C3%80++DEMOCRACIA&btnG=#d=gs_cit&p=&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AAm-8Zs38-Js8J%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Dpt-BR). Acesso em: 12 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen; SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. *O compliance como instituto jurídico de combate à corrupção: uma análise da responsabilidade objetiva das empresas à luz da lei anticorrupção brasileira*. 2017. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.o.jsf?popup=true&id\\_trabalho=5379088](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.o.jsf?popup=true&id_trabalho=5379088). Acesso em: 20 abr. 2019.

LOBEL, Orly. New governance as regulatory governance. In: LEVI-FOUR, David. *The Oxford Handbook of Governance*. San Diego: University of San Diego School of Law; Harvard Law School, 2012. San Diego Legal Studies Paper, *Research Paper* n. 12-101, nov. 2012. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2179160](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179160). Acesso em: 27 set. 2019.

MEDEIROS, Rodrigo. Evolução das tipologias e categorias de áreas protegidas no Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 9, n.1 Campinas Jan./Jun. 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2006000100003>. Acesso em: 17 dez. 2019.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza. O estado de direito socioambiental como condição de possibilidade destinada à tutela do futuro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 11-37, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i32.1159>. Acesso em: 17 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra, 07 de junho de 1989. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf). Acesso em: 05 set. 2019.

SAHU, Geetanjoy. Implications of Indian Supreme Court's innovations for environmental jurisprudence. *Law Env't & Dev. J.*, v. 4, p. 1, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/leadjo4&div=4&id=&page=>. Acesso em: 17 dez. 2019.

SANTOS, Jorge Luis Ribeiro dos. Povos indígenas, direito e Estado: rompendo cânones do integracionismo jurídico. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 256-283, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n1.p256-283>. Acesso em: 17 dez. 2019.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

---

**Recebido em:** 06/05/2019

**Aprovado em:** 26/10/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

GOMES, Magno Federici; COSTA, Ulisses Espártacus de Souza. Compliance ambiental, alternativa de exploração mineral em reservas indígenas? *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.75-94, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E CONFLITOS EM COMÉRCIO INTERNACIONAL: EVOLUÇÃO COMPARADA DE MODELOS

## DIPLOMATIC PROTECTION AND INTERNATIONAL TRADE DISPUTES: COMPARATIVE EVOLUTION OF MODELS

Gustavo Ferreira Ribeiro<sup>1</sup>  
Rafael Caputo Bastos Serra<sup>2</sup>

**RESUMO:** O instituto da proteção diplomática se relaciona à defesa, pelos Estados, dos interesses dos particulares lesados na esfera internacional perante a jurisdição competente. No caso de comércio internacional, é utilizado pelos Estados para resolver conflitos de comércio, como aqueles na Organização Mundial do Comércio. Mundo afora, esses sistemas vêm passando por alterações. No Brasil, em 2019, ocorreu relevante modificação com o mecanismo denominado “Sem Barreiras”, que trouxe avanços nas fases iniciais de identificação de problemas comerciais do setor privado e na formação do cálculo do interesse do Estado para o exercício da proteção diplomática. Com base no método de abordagem comparativo e, em termos procedimentais, de pesquisa bibliográfica e documental, este artigo apresenta a experiência estrangeira, como a estadunidense e europeia, e, na sequência, o caso brasileiro. Como resultado das comparações efetuadas, demonstra-se, o quadro mais crítico, principalmente nos anos 2000, no Brasil. No novo modelo brasileiro, porém, houve avanços em termos de transparência na interlocução privado-público na fase de identificação dos pleitos. A decisão final do exercício da proteção, contudo, é mantida nos níveis governamentais, prática comparada que se observa em outros países.

**Palavras-chaves:** barreiras comerciais; conflitos internacionais; organização mundial do comércio; proteção diplomática; sem barreiras.

**ABSTRACT:** The institute of diplomatic protection relates to the defense, by the states, of the interests of the individuals injured in the international arena before the competent jurisdiction. In the case of international trade, it is used by States to resolve trade conflicts, such as those in the World Trade Organization. Worldwide, these systems are undergoing changes. In Brazil, in 2019, there was a significant change with the mechanism called “trade barriers”, which brought advances in the initial stages of identifying commercial problems from the private sector and in the formation of the calculation of the State’s interest in the exercise of diplomatic protection. Based on the method of comparative approach and, in procedural terms, bibliographical and documentary research, this article presents the foreign experience, such as the American and European, and, subsequently, the Brazilian case. As a result of the comparisons made, a critical picture is shown, especially in the 2000s, in Brazil. In the new Brazilian model, however, there have been advances in terms of transparency in the private-public dialogue in the phase of identifying claims. The final decision to exercise protection, however, is maintained at government levels, a comparative practice that is observed in other countries.

**Keywords:** diplomatic protection; international conflicts; world trade organization; trade barriers.

---

1 Doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA). Mestre em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

2 Mestrando pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

O Sistema de Solução de Controvérsias (SSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) é usado exclusivamente pelos membros da organização, geralmente Estados<sup>3</sup>, para resolver acerca de alegadas medidas comerciais ilícitas (barreiras), tarifárias ou não-tarifárias, que violem as regras desse sistema. Não há possibilidade de acesso direto pelos agentes privados ao SSC.

Os agentes privados, normalmente, levam suas reclamações à respectiva instância governamental competente. Fazem isso informalmente, caso não existam procedimentos predefinidos. Assim sendo, podem dispor de alto grau de discricionariedade para escolher e decidir sobre o exercício, ou não, da proteção do interesse particular que, alegadamente, foi lesado.

Em alguns casos, todavia, essa troca de informação entre o setor privado e o governo está formalizada em procedimentos domésticos para que seus particulares requeiram a proteção em face de barreiras ilegais no comércio internacional.<sup>4</sup> Nessas situações, o exercício da proteção diplomática pelo governo, que pode auxiliar na sua estratégia de acesso de produtos e serviços nacionais a mercados e seu próprio desenvolvimento, passa, então, a ser mais regrada.

O Brasil, recentemente, modificou instrumento para auxiliar seus agentes privados, denominado “Sem Barreiras”, trazendo vários avanços no que toca a identificação e o procedimento inicial de interesse do caso<sup>5</sup>. Outros membros da OMC possuem sistemáticas próprias. Daí surge o interesse em aprofundar o estudo a respeito do funcionamento de alguns mecanismos domésticos de recebimentos de demanda e exercício da proteção diplomática comercial. O eventual exercício dessa prerrogativa é condição necessária para a utilização dos mecanismos de solução de conflitos na OMC, seja pela abertura de um contencioso no SSC ou outros dispositivos alternativos de solução de disputas comerciais<sup>6</sup>.

Distingue-se, inicialmente, que a proteção dos interesses privados pelo Estado em temas de comércio pode ser feita em duas esferas: (i) interna, protegendo-os das práticas desleais no comércio que afetam o mercado nacional (dumping, salvaguardas e subsídios), por meio dos instrumentos de defesa comercial; e (ii) internacional, protegendo-os das barreiras comerciais encontradas em mercados estrangeiros, com eventual recurso ao SSC<sup>7</sup>.

O presente artigo, com base em pesquisa bibliográfica e documental, concentrar-se-á na proteção internacional, que envolve a apreciação do interesse e o eventual acionamento do SSC da OMC pelos respectivos governos.

Para isso, apresenta-se, inicialmente, o conceito de proteção diplomática (tradicional e comercial). Em seguida, incursiona-se na comparação de alguns modelos, com destaque para o estadunidense e europeu. Posteriormente, o modelo brasileiro é apresentado, aprofundando-se sobre seus avanços e potenciais desafios.

3 Sabe-se que a União Europeia não é Estado, mas uma União Econômica que é membro da OMC. No entanto, para efeitos deste artigo, a referência a “Estados” também a incluirá.

4 BARRAL, Welber. Solução de controvérsias na OMC. In: KLOR *et al.* *Solução de Controvérsias*: OMC, União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 31.

5 BRASIL. Decreto n.º 10.098, de 6 de novembro de 2019. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico de Monitoramento de Barreiras às Exportações - SEM Barreiras e institui o Comitê Gestor do SEM Barreiras. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 nov. 2019. Seção 1, página 13. O novo decreto revogou o anterior, Decreto n.º 9.195, de 9 de novembro de 2017.

6 Entre esses dispositivos, pode-se citar os *Specific Trade Concerns* (STC) traduzidos como *Preocupações Comerciais Específicas* (PCE).

7 Diz-se eventual, pois o SSC da OMC é uma alternativa entre outras existentes, como o uso dos Comitês próprios para encaminhamentos dos STC, conforme nota anterior, mas que não são objeto deste artigo.

## 2. PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

### 2.1 A proteção diplomática tradicional

Em sua origem, e com base em Emer de Vattel (*O Direito das Gentes* - 1758), a proteção dos nacionais era entendida como direito do Estado, fundamentalmente. Colocava-se o indivíduo como objeto da proteção diplomática e não como sujeito dessa<sup>8</sup>.

Era essa a regra no direito internacional: apenas os Estados possuíam plena capacidade jurídica. Somente eles poderiam exigir diretamente o cumprimento de tratados perante os tribunais internacionais, mesmo nas hipóteses em que os sujeitos particulares eram os destinatários finais das regras pactuadas<sup>9</sup>.

O conceito, entretanto, sofreu reformulações com a globalização econômica. Por exemplo, na esfera de investimentos estrangeiros, uma solução permite o acesso direto dos particulares aos mecanismos de solução de controvérsias internacionais. Esse é o caso, bastante conhecido, do *International Centre on Settlement of Investment Disputes* (ICSID), que proporciona aos agentes privados o acesso à resolução de controvérsias envolvendo investimentos internacionais diretamente, caso o Estado anfitrião assim o tenha aquiescido<sup>10</sup>.

Mas regra geral, os Estados defendem interesses de seus particulares lesados na esfera internacional perante a jurisdição competente por meio da proteção diplomática. Nesse caso, o Estado “assume o fato e a causa como seus, fazendo valer seu próprio direito”<sup>11</sup>. O instrumento serve como um acesso indireto do particular aos sistemas de solução de controvérsias internacionais.

A prática consolidou a necessidade de cumprimento de duas condições para que o Estado possa exercer a proteção diplomática: (i) vínculo da nacionalidade do particular lesado; e (ii) o esgotamento dos recursos internos na jurisdição onde o ato lesivo aconteceu<sup>12</sup>. Cumpridas essas condições, o Estado ainda desfruta de ampla discricionariedade para decidir se exercerá, ou não, a proteção do reclamante.

E o que ocorreu na seara do comércio internacional? Na essência, são as empresas que exportam e importam produtos e serviços. Houve evolução no modelo de proteção diplomática? Gozam elas de acesso ao SSC da OMC? A próxima seção examina mais a fundo o funcionamento desse importante instituto no contexto do comércio internacional.

### 2.2 A proteção diplomática comercial

Além das particularidades em relação aos requisitos tradicionais, o instituto da proteção diplomática tem traços próprios quando se trata de comércio internacional. As principais diferenças em comparação ao regime geral estão relacionadas ao objetivo, à natureza da decisão sobre o exercício da proteção e aos custos.

Quando o caso envolve as regras do SSC, o objetivo da proteção não será obter ressarcimento ou indenização pelo ato ilícito imputável ao Estado, e sim remover a barreira comercial ilícita – ainda que, eventualmente, a disputa possa envolver compensações e retaliações.

8 BUENO *et al.* As origens históricas da diplomacia e a evolução do conceito de proteção diplomática dos nacionais. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XVII, 2017, p. 625

9 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 114; 175.

10 Outra solução conhecida é na área de Direitos Humanos, mas não abordada no presente artigo, em função de sua delimitação.

11 VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 430.

12 MORAES, Henrique Choer. A atuação internacional do Estado em benefício de interesses privados: uma análise jurídica da formação da “micropolítica” externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 45, n. 2, 2012, p. 114-134.

Com efeito, a escolha pelo exercício da proteção de um agente privado nesse ambiente é, de fato, uma decisão de política de comércio exterior<sup>13</sup>, podendo implicar o acionamento do SSC. E isso tem custos e impactos consideráveis.

Há um custo político-diplomático envolvido no início de uma disputa comercial com outro Estado<sup>14</sup>. É comum, ainda, encontrar-se uma certa “*coincidência cronológica entre essas reclamações e contrarreclamações supostamente desvinculadas*” sendo também necessário considerar o risco de formar entendimentos que sejam desfavoráveis a políticas domésticas similares, fato mais evidente em países com economias diversificadas, como o Brasil<sup>15</sup>. Há, ainda, nas hipóteses em que são autorizadas retaliações, a possibilidade de prejudicar os consumidores domésticos ou outros setores da economia que dependam do produto ou serviço estrangeiro de setor que sofra a retaliação<sup>16</sup>.

Outro ponto igualmente relevante é a necessidade de investigação e avaliação mais apurada da prática reclamada, tendo em vista a complexidade das normas do sistema multilateral de comércio.

Somando todas essas peças, pode-se conceber um sistema de proteção diplomática próprio ao comércio internacional, que, em uma de suas etapas, funciona como um mecanismo de identificação e investigação de barreiras comerciais ilícitas. Considerando que são os agentes privados que lidam com essas barreiras no dia a dia, são eles que têm maior facilidade para identificá-las e reportá-las a seu Estado de origem<sup>17</sup>.

Essas formas de identificação e investigação de práticas desleais se inserem na órbita do direito interno, cabendo a cada Estado determinar o funcionamento desejável<sup>18</sup>.

Essa identificação e investigação, por sinal, é cada vez mais complexa. No início, as principais barreiras eram tarifárias, mais facilmente identificáveis e mensuráveis, sendo que as primeiras rodadas de negociação do GATT-47 tiveram certo êxito em reduzi-las<sup>19</sup>. O relativo sucesso dessas tratativas sob a égide do GATT-47, entretanto, acabou trazendo como efeito a própria evolução das barreiras comerciais. À medida que as tarifas já não ofereciam o nível de proteção desejado, os Estados recorreram com mais frequência às barreiras não-tarifárias (BNT) para proteger o seu mercado interno<sup>20</sup>. As primeiras BNT também foram sendo reveladas, conforme as regras e o funcionamento do GATT-47 iam sendo aprimorados. Os Estados, por sua vez, buscaram novas e mais sofisticadas formas de proteção, com o uso de medidas técnicas, sanitárias e fitossanitárias, entre outras<sup>21</sup>.

Com isso, surgiram e ganharam relevância os primeiros mecanismos formais de

13 ARBIX, Daniel. Contenciosos brasileiros na Organização Mundial do Comércio: pauta comercial, política e instituições. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 655-699, dez. 2008; MORAES, Henrique Choer. A atuação internacional do Estado em benefício de interesses privados: uma análise jurídica da formação da “micropolítica” externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 2, p.114-134, dez. 2002, p.116.

14 DAVIS, Christina L.; SHIRATO, Yuki. Firms, Governments, and WTO Adjudication: Japan’s Selection of WTO Disputes. *World Politics*. v. 59, n. 2, jan. 2007, p. 274-313.

15 MESQUITA, Paulo Estivallet de. O papel central do setor privado na atuação do Brasil no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. In: Daniela Arruda Benjamin (org.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. 1 ed. Brasília: FUNAG, 2013, p. 259-260.

16 CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James (Org.). *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 621-622.

17 BRONCKERS, Marco; MCNELIS, Natalie. The EU Trade Barrier Regulation comes of age. *Journal of World Trade*. Holanda, v. 35, n. 4, p. 57; 99, 2001.

18 MORAES, Henrique Choer. A atuação internacional do Estado em benefício de interesses privados: uma análise jurídica da formação da “micropolítica” externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 45, n. 2, 2002, p. 118.

19 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 39.

20 MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 43.

21 PRAZERES, Tatiana. *Comércio Internacional e Protecionismo: as Barreiras Técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 65-139.

proteção diplomática no comércio internacional<sup>22</sup>, notadamente nos Estados Unidos e na União Europeia<sup>23</sup>, conferindo relevante papel aos agentes privados na identificação de barreiras que estivessem em desacordo com as normas do sistema de comércio multilateral.

O Brasil, como veremos, passava, durante a segunda metade do século passado, por um período de muitas mudanças na política de comércio exterior, com profundas alterações na sua orientação e no seu quadro institucional, mas sem uma evolução específica no tema. Permaneciam apontamentos sobre a tradição de informalidade, baixa transparência e *accountability*, além da pulverização de instâncias de acesso para o agente privado<sup>24</sup>.

Nesse contexto, a próxima seção discorre sobre algumas características dos principais sistemas de proteção diplomática no comércio internacional, para, em seguida, retornar ao caso brasileiro e sua evolução.

### 3. OS PRINCIPAIS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Os sistemas de proteção diplomática no comércio internacional são constituídos por instrumentos específicos, frequentemente identificados como “mecanismos domésticos de petição ao Estado”, que servem para a proteção dos agentes privados em mercados estrangeiros<sup>25</sup>.

Esses mecanismos podem ser divididos em duas categorias: (i) os mecanismos formais de petição – estabelecidos por lei ou regulamentos, com competências e procedimentos bem definidos; e (ii) os mecanismos informais de petição<sup>26</sup>.

Em relação aos mecanismos formais, separa-se, para uma análise mais aprofundada, aqueles encontrados nos Estados Unidos e na União Europeia – ainda que, sabidamente, existam outros mecanismos semelhantes, como na China.

Em seguida, serão oferecidos comentários sobre mecanismos informais, como aqueles encontrados na Austrália e no Canadá. O exame de ambas as categorias de mecanismos, tanto os formais, quanto os informais, dar-se-á primordialmente sobre questões procedimentais, de transparência e de acesso.

#### 3.1 A Seção 301 do Trade Act de 1974 nos EUA

A Seção 301<sup>27</sup> da legislação comercial norte-americana estabeleceu o primeiro procedimento formal para que agentes privados levassem ao governo estadunidense reclamações referentes a barreiras comerciais ilícitas<sup>28</sup>. Em suma, concede-se poder ao *United*

22 ELIASSON, Johan; SHERMAN, Richard. Trade disputes and non-state actors: new institutional arrangements and the privatization of Commercial Diplomacy. *World Economy*, v. 29, n. 4, mar. 2006, p. 473-489.

23 Aqui, novamente por questões de simplificação, será feita referência à “União Europeia” inclusive para os períodos anteriores à sua consolidação, quando ainda se tratava das “Comunidades Europeias”.

24 VEIGA, Pedro da Motta; IGLESIAS, Roberto Magno. A institucionalidade da política brasileira de comércio exterior. In: MARKWALD, R.; PEREIRA, L.; PINHEIRO, A. (org.). *O desafio das exportações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 50-96. CASTELAN, Daniel; SANTOS, Leandro Wolpert dos. O Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC: soft balancing? *Revista Carta Internacional*. Belo Horizonte, v. 13, n. 3, set./dez. 2018, p. 59-82.

25 ELIASSON, Johan; SHERMAN, Richard. Trade disputes and non-state actors: new institutional arrangements and the privatization of Commercial Diplomacy. *World Economy*, Nottingham, v. 29, n. 4, mar. 2006, p. 473-475.

26 WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, out. 2006, p.889-908.

27 Emendada por legislações posteriores, em especial o *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988.

28 Para ser mais exato, já havia um projeto semelhante na Seção 252 do *Trade Expansion Act* de 1962, mas que praticamente não foi utilizada, sendo revogada pela lei de 1974 – motivo pelo qual não será objeto de maior análise. Ainda assim, essa lei de 1962 teve o êxito de criar o *Office of the Special Trade Representative* (STR), posteriormente renomeando como *Office of the United States Trade Representative* (USTR), instituição de política comercial que ganhou corpo e importância, tornando-se o principal centro da política de comércio exterior norte-americana. Vide: ARSLANIAN, Regis P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994, p. 21-31.



*States Trade Representative* (USTR) para investigar possíveis violações às normas do sistema multilateral de comércio<sup>29</sup>, podendo atuar mediante petição de particulares ou de ofício.

Em sua essência, a Seção 301 extrapola os objetivos básicos da proteção diplomática, indo além da identificação de possíveis barreiras ilícitas, para permitir também retaliações comerciais unilaterais – prática que, a partir da criação da OMC, tentou-se coibir, monopolizando a atividade retaliatória em casos de violação das normas do sistema multilateral de comércio<sup>30</sup>.

Para o que interessa ao presente estudo, destaca-se que a Seção 301 disponibilizou aos agentes privados nos EUA um procedimento formal, com fases, prazos e autoridade competente bem definidos, para que possam requerer a proteção diplomática comercial. Esse instrumento trouxe mais previsibilidade e segurança jurídica aos particulares, além de determinar que as decisões sejam justificadas e públicas<sup>31</sup>.

A legislação elenca hipóteses nas quais seria mandatória a atuação do USTR, mas o referido instrumento também prevê exceções que, na prática, dão margem a decisões discricionárias<sup>32</sup> – em especial a exceção de “interesse nacional”<sup>33</sup>. Mas no contexto geral, a margem de discricionariedade acabou concretamente sendo limitada.

Como o próprio governo estadunidense já admitiu, o objetivo da Seção 301 é de abertura de mercados estrangeiros<sup>34</sup>, e, ao que tudo indica, o instrumento tem cumprido bem sua função. Sem considerar as retaliações unilaterais, a possibilidade concreta do início de uma disputa comercial costuma ser suficiente para convencer o Estado reclamado a negociar em condições favoráveis aos interesses norte-americanos<sup>35</sup>.

O impacto da Seção 301 foi tão expressivo, que movimentou forças políticas dentro da União Europeia favoráveis à adoção de instrumento similar. Passa-se, nesse momento, a sua análise.

### **3.2 A Trade Barrier Regulations (TBR) de 1995 na União Europeia**

A ideia de adotar no âmbito europeu um instrumento capaz de fazer frente às barreiras comerciais ilícitas remonta à década de 1960, mas somente na década de 1980 ganhou força política e, finalmente, tomou forma legal<sup>36</sup>.

Tratava-se do Regulamento do Conselho Europeu n. 2641/84, também conhecido como *New Instrument of Commercial Policy* (NICP), em parte como resposta à Seção 301 dos EUA<sup>37</sup>, em parte como mecanismo considerado necessário para a abertura de mercados

29 WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, out. 2006, p.895.

30 MAVROIDIS, Petros; ZDOUC, Werner. Legal means to protect private parties' interests in the WTO: the case of the EC new Trade Barrier Regulation. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 1, n. 3, set. 1998, p.407-432. Até por isso, o instrumento ficou conhecido como “unilateralismo agressivo”, valendo-se da pressão das retaliações unilaterais para forçar outros Estados a fazerem concessões e abrirem seus mercados para produtos e serviços norte-americanos. Como esse assunto foge ao escopo desse trabalho, não será abordado no presente trabalho.

31 ELIASSON, Johan; SHERMAN, Richard. Trade disputes and non-state actors: new institutional arrangements and the privatization of Commercial Diplomacy. *World Economy*, v. 29, n. 4, p.473-489, mar. 2006, p.486-487.

32 WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, out. 2006, p.896-897.

33 LEIRER, Wolfgang W. Retaliatory action in United States and European Union: a comparison of Section 301 of the Trade Act of 1974 and Council Regulation 2641/84. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, v. 20, n. 1, 1996, p.41;96.

34 ARSLANIAN, Regis P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994, p. 31.

35 ARSLANIAN, Regis P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994, p.29;33-34;115.

36 GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero. El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusion de los acuerdos de la Ronda Uruguay. *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, n. 2, maio/ago. 1996, p.455-486.

37 LEIRER, Wolfgang W. Retaliatory action in United States and European Union: a comparison of Section 301 of the Trade Act of 1974 and Council Regulation 2641/84. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, v. 20, n. 1, p. 41-96, 1996, p. 69.

estrangeiros aos agentes privados europeus<sup>38</sup>.

De forma similar à Seção 301, o NIPC instituiu um procedimento formal de proteção diplomática comercial à disposição da “indústria comunitária”, também prevendo a possibilidade de retaliações unilaterais em casos de barreiras comerciais ilícitas. Não funcionou tão bem quanto o mecanismo norte-americano, ficando aquém das expectativas<sup>39</sup>.

Com a criação da OMC em 1995, para além da necessidade de conformar o mecanismo às novas regras do sistema multilateral de comércio, já que as retaliações unilaterais seriam contrárias às normas no novo sistema, viu-se a oportunidade de consertar deficiências enfrentadas pelos particulares no uso do NIPC<sup>40</sup>. Sobreveio, então, o Regulamento do Conselho Europeu n. 3286/94<sup>41</sup>, instituindo a *Trade Barrier Regulation* (TBR).

Essencialmente, a TBR manteve a estrutura inaugurada pelo NIPC e apenas aprimorou pontos específicos em seu funcionamento. Destaca-se o maior acesso às “empresas comunitárias singulares”, visto que antes era necessária a condição de “indústria comunitária”<sup>42</sup>. Também foi dada mais relevância ao “interesse comunitário” na tomada de decisões, desde a abertura da investigação, até a decisão final, ainda mantendo algum nível de discricionariedade na decisão<sup>43</sup> – também similar ao que se passa na Seção 301.

É importante ressaltar que, assim como o seu equivalente norte-americano, o instrumento europeu também logrou oferecer a seus agentes privados um procedimento formal, com fases, prazos e autoridade competente bem definidos<sup>44</sup>, estabelecendo uma via previsível e eficiente para o requerimento da proteção diplomática comercial<sup>45</sup>. Há garantias procedimentais que, inclusive, podem sofrer revisão judicial pela Corte de Justiça Europeia no caso de desrespeito<sup>46</sup>.

O mecanismo europeu também tem a função de exercer pressão sobre os Estados investigados, que sentem a ameaça concreta representada pelo procedimento formal que pode levar a um indesejável e custos contencioso comercial. Assim, o instrumento pode compelir os Estados a negociar em termos mais favoráveis aos interesses da União Europeia<sup>47 48</sup>.

38 GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero. El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusion de los acuerdos de la Ronda Uruguay. *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, n. 2, p. 455-486, maio/ago. 1996, p. 466.

39 CROWELL & MORING LLP *Interim Evaluation of the European Union's Trade Barrier Regulation (TBR)*, 2005. Disponível em: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/october/tradoc\\_125451.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/october/tradoc_125451.pdf) Acesso em: 02 set. 2020.

40 GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero. El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusion de los acuerdos de la Ronda Uruguay. *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, n. 2, p. 455-486, maio/ago. 1996, p. 473.

41 Renovado pelo Regulamento do Conselho Europeu n. 1843/2015, que manteve praticamente inalterado a regime anterior.

42 Na prática, a interpretação do termo “indústria comunitária” era flexibilizada para permitir as reclamações de “empresas solitárias” realizarem as queixas caso demonstrassem o interesse comunitário. Veja-se GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero. El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusion de los acuerdos de la Ronda Uruguay. *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, n. 2, p. 455-486, maio/ago. 1996, p. 474-476.

43 MAVROIDIS, Petros; ZDOUC, Werner. Legal means to protect private parties' interests in the WTO: the case of the EC new Trade Barrier Regulation. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p. 407-432, set. 1998, p. 418-420.

44 MAVROIDIS, Petros; ZDOUC, Werner. Legal means to protect private parties' interests in the WTO: the case of the EC new Trade Barrier Regulation. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p. 407-432, set. 1998, p. 419-420.

45 GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero. El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusion de los acuerdos de la Ronda Uruguay. *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, n. 2, p. 455-486, maio/ago. 1996, p. 481.

46 Poderá haver revisão judicial por três razões: (i) violação de direitos procedimentais; (ii) uso indevido da discricionariedade da Comissão quanto aos “interesses comunitários”; e (iii) interpretação equivocada de dispositivos do GATT. Vide: LEIRER, Wolfgang W. Retaliatory action in United States and European Union: a comparison of Section 301 of the Trade Act of 1974 and Council Regulation 2641/84. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, v. 20, n. 1, p. 41-96, 1996, p. 86-89.

47 BRONCKERS, Marco; MCNELIS, Natalie. The EU Trade Barrier Regulation comes of age. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 4, p. 57-99, 2001, p.62;88;89.

48 Por fim, cita-se que, no final de 2019, a Comissão Europeia propôs atualização de sua legislação atual sobre as regras para aplicação e implementação de retaliações comerciais. O mecanismo, que vem sendo denominado bazuca comercial” (*trade bazooka*), permitiria a UE aplicar sanções em situações em que países adotam medidas ilegais e bloqueiam simultaneamente um processo de solução de controvérsias, principalmente, na atualidade de paralisação do SSC da OMC.

Cabe, agora, a análise dos mecanismos informais.

### 3.3 Os mecanismos informais de proteção diplomática comercial

Mesmo nos sistemas onde foram instituídos mecanismos formais, não é incomum que os agentes privados sigam buscando a proteção diplomática comercial por vias informais<sup>49</sup>. A grande diferença é que existe, paralelamente, um mecanismo com garantias procedimentais que seria mais previsível.

Os mecanismos informais de proteção diplomática comercial são aqueles que não estão previstos em lei ou regulamento e, por isso, não contam com as garantias de um procedimento previamente definido. Entre esses mecanismos, Austrália e Canadá são abordados na literatura.

Conforme descreve Walsh, o mecanismo australiano é o *Dispute Investigation and Enforcement Mechanism* (DIEM), instituído ainda em 1999, concentrando os pleitos dos agentes privados no *Department of Foreign Affairs and Trade* (DFAT). O DFAT é o órgão competente para o exame do pedido de investigação da prática supostamente desleal, enquanto cabe ao *Minister for Trade*, quando finalizada a investigação, a decisão pela instauração, ou não, de contencioso comercial, avaliando a existência do interesse nacional. Existem controvérsias doutrinárias sobre o mecanismo de proteção diplomática comercial australiano ser formal ou informal. Preferiu-se enquadrá-lo entre os informais pela inexistência de um procedimento definido em lei. Ele tem mais aspectos formais que o habitual, mas não pode ser equiparado à Seção 301 e à TBR, por exemplo<sup>50</sup>.

Já no Canadá há um mecanismo ainda menos formal, o *Consultations with Canadians*. O mecanismo recebe somente informações do setor privado relativas ao funcionamento dos acordos da OMC para o conhecimento do governo. O sistema canadense é bem conceituado, porque centraliza claramente a autoridade das políticas de comércio exterior no *Department of Foreign Affairs and International Trade* (DFAIT), e conta com um modelo de formulação de política comercial que privilegia a transparência e a articulação constante com o setor privado<sup>51</sup>.

Mas, de forma geral, um ponto negativo nos mecanismos informais de proteção diplomática comercial é que estariam mais suscetíveis à captura política por grupos de pressão com maior organização e articulação<sup>52</sup>, situação que pode ser mitigada diante da existência de procedimentos bem definidos<sup>53</sup>. Outra crítica normalmente vinculada à informalidade do acesso dos agentes privados à proteção diplomática comercial são os possíveis conflitos entre autoridades, nos casos em que não existe uma competência bem definida<sup>54</sup>.

49 BRONCKERS, Marco; MCNELIS, Natalie. The EU Trade Barrier Regulation comes of age. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 4, p.57-99, 2001, p.89.

50 WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, p. 889-908, out. 2006, p.899-901.

51 WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, p. 889-908, out. 2006, p. 905.

52 LAIDHOLD, Michael. Private party access to the WTO: do recent developments in international trade dispute resolution really give private organizations a voice in the WTO? *Global Business & Development Law Journal*, v. 12, n. 2, p. 427-450, 1999, p.431-432.

53 ELIASSON, Johan; SHERMAN, Richard. Trade disputes and non-state actors: new institutional arrangements and the privatization of Commercial Diplomacy. *World Economy*, v. 29, n. 4, p.473-489, mar. 2006, p.486.

54 É o caso, por exemplo, do Japão. Veja-se: WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, p.889-908, out. 2006, p.907.

E qual é a situação brasileira frente aos mecanismos formais e informais apresentados? É que se passa a apresentar na sequência.

#### **4. O SISTEMA DE PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA COMERCIAL NO BRASIL**

Após a introdução do tema proteção diplomática comercial e o conhecimento de alguns dos principais mecanismos ao redor no mundo, volta-se a atenção à realidade brasileira. A abordagem terá início com breve síntese dos antecedentes das instituições de política de comércio exterior no Brasil. Na sequência, serão apresentadas as características do funcionamento da proteção diplomática comercial no Brasil e suas recentes evoluções.

##### **4.1 As instituições de política de comércio exterior no Brasil**

Um primeiro momento relevante em relação às instituições de política de comércio exterior no Brasil foi a criação da Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil (Cacex), ainda na década de 1950, e, na década seguinte, do Conselho Nacional do Comércio Exterior (Concex). O desenho institucional era de alta centralização das competências normativas e de gestão de instrumentos comerciais na Cacex. Já o Concex atuava como foro interministerial de formulação de política comercial e articulação com o setor privado<sup>55</sup>.

Essas instituições funcionaram dentro de um contexto de elevado protecionismo na política comercial brasileira, e mantiveram sua relevância até a abertura comercial do país, ainda no final da década de 1980<sup>56</sup>. O período ficou marcado por uma articulação setorial dentro da iniciativa privada, sobretudo em arenas informais e com baixa transparência<sup>57</sup>.

Uma reorganização desse arranjo institucional ocorreu após a transição democrática do país e a definição de uma agenda de abertura comercial, culminando na própria extinção da Cacex em 1990<sup>58</sup>. Um resultado imediato do rompimento com o modelo de centralização foi o desmembramento da pauta de política comercial em diversas instâncias interessadas<sup>59</sup>.

Ganhou destaque, em um primeiro momento, a Secretaria de Comércio Exterior (Secex), órgão do Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior (MDIC), a quem cabia a formulação e a implementação da política nessa área. Com o objetivo de aprimorar a coordenação da política de comércio exterior no país, em 1995 foi criada a Câmara de Comércio Exterior (Camex), retomando o modelo de instância interministerial para a formulação das diretrizes políticas, enquanto se mantiveram as competências operacionais principalmente sob a direção da Secex<sup>60</sup>.

Desse modo, a Camex passou a ser o centro decisório para as questões de política de comércio exterior, principalmente após sua integração ao MDIC e à atribuição de capacidade

55 VEIGA, Pedro da Motta; IGLESIAS, Roberto Magno. A institucionalidade da política brasileira de comércio exterior. In: MARKWALD, R. *et al* (org.). *O desafio das exportações*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p.52.

56 FERNANDES, Ivan Filipe. Interesses organizados na política comercial brasileira: da era CACEX às negociações internacionais. *Leviathan*. São Paulo, n. 2, p.1-35, maio 2011.

57 VEIGA, Pedro da Motta; IGLESIAS, Roberto Magno. A institucionalidade da política brasileira de comércio exterior. In: MARKWALD, R. *et al* (org.). *O desafio das exportações*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p.55-56.

58 ARBIX, Daniel. Contenciosos brasileiros na Organização Mundial do Comércio: pauta comercial, política e instituições. *Contexto Internacional*, v. 30, n. 3, p.655-699, dez. 2008, p.661.

59 FERNANDES, Ivan Filipe. Interesses organizados na política comercial brasileira: da era CACEX às negociações internacionais. *Leviathan*, n. 2, p. 1-35, maio 2011, p.18.

60 VEIGA, Pedro da Motta; IGLESIAS, Roberto Magno. A institucionalidade da política brasileira de comércio exterior. In: MARKWALD, R. *et al* (org.). *O desafio das exportações*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p.60-61.

para emitir resoluções vinculantes<sup>61</sup>. Os departamentos da Secex se ocupavam com a implementação dos assuntos mais específicos – ambas sob a estrutura do MDIC. No Ministério das Relações Exteriores (MRE), por sua vez, a Coordenação-Geral de Contenciosos (CGC) assumia protagonismo em relação à condução das controvérsias comerciais, inclusive na parte de articulação com o setor privado e identificação de barreiras comerciais ilícitas<sup>62</sup>.

As mais recentes mudanças nesse desenho institucional ocorreram nos últimos quatro anos. A primeira delas foi a criação do projeto “SEM Barreiras” em 2017, como um “canal de interlocução entre setor privado e governo para identificação e registro de barreiras às exportações do Brasil”<sup>63</sup>. A outra foi a incorporação do MDIC e de sua área de comércio exterior à estrutura do Ministério da Economia, agora sendo a Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais. A Camex, por fim, foi reestruturada com a edição de novo decreto, em outubro de 2019<sup>64</sup>.

Passa-se agora à análise mais detida do impacto dessas mudanças para o exercício da proteção diplomática em temas comerciais.

## 4.2 A situação da proteção diplomática comercial no Brasil

Essa breve síntese dos antecedentes das instituições de política comercial no Brasil permite concluir que houve diversas alterações no que toca o grau de protagonismo das instituições, competências e funcionamento do sistema.

O quadro, principalmente nos anos 2000, era de crítica quanto ao desenho institucional e à transparência, não podendo-se identificar como os pleitos de agentes privados chegavam à pauta da Camex<sup>65</sup>.

Como mencionado, relevante modernização nesse desenho foi a criação do SEM Barreiras, em 2017, com atualizações em 2019, definido como “mecanismo estruturado para canalização de demandas relativas a barreiras comerciais”<sup>66</sup>. Nessa sistemática, compete aos órgãos e as entidades da administração pública federal participantes do SEM Barreiras analisar as informações prestadas pelos agentes privados, definir e executar ações para superar as barreiras identificadas, além de monitorar a situação<sup>67</sup>.

O sistema estabelece, assim, um mecanismo formal de petição para os agentes privados no Brasil, o que o aproxima dos modelos comparados. Institucionaliza, ainda, a necessidade de uma resposta aos pleitos, uma vez que “[o]s resultados das análises e das ações destinadas à superação da barreira externa identificada ou à mitigação de seus efeitos serão comunicados, pelos órgãos e pelas entidades participantes, aos usuários por meio do SEM Barreiras”<sup>68</sup>.

61 PEREIRA, Lia Baker Valls. A volta da Camex. *Revista Conjuntura Econômica*, v.70, n. 10, p. 64-65, out. 2016.

62 ARBIX, Daniel. Contenciosos brasileiros na Organização Mundial do Comércio: pauta comercial, política e instituições. *Contexto Internacional*, v. 30, n. 3, p. 655-699, dez. 2008, p.670.

63 BRASIL, SEM Barreiras. Perguntas frequentes. Disponível em: <<http://sembarreiras.gov.br/faq/>> Acesso em: 19 ago. 2020.

64 BRASIL. Decreto n.º 10.044, de 4 de outubro de 2019. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 out. 2019. Seção 1, p. 1-3.

65 ARBIX, Daniel. Contenciosos brasileiros na Organização Mundial do Comércio: pauta comercial, política e instituições. *Contexto Internacional*, v. 30, n. 3, p. 655-699, dez. 2008, p.663;667. Mesmo em casos de grande monta, como o contencioso EUA - Algodão da OMC, identifica-se que iniciativa partiu da Secretaria de Produção e Comercialização do MAPA, ainda no início de 2001, e enfrentou grande resistência por parte do MRE, e somente no final de 2002 que a Camex finalmente decidiu por acionar o mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Veja-se CASTELAN, Daniel; SANTOS, Leandro Wolpert dos. O Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC: soft balancing? *Revista Carta Internacional*, v. 13, n. 3, p. 59-82, set./dez. 2018, p. 74.

66 BRASIL, Ministério de Relações Exteriores. SEM Barreiras: Sistema Eletrônico de Monitoramento de Barreiras Comerciais. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/17818-sistema-eletronico-de-monitoramento-de-barreiras-comerciais>> Acesso em: 19 ago. 2020.

67 BRASIL. Decreto n.º 10.098, de 6 de novembro de 2019. Art. 4. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 nov. 2019. Seção 1, página 13.

68 BRASIL. Decreto n.º 10.098, de 6 de novembro de 2019. Art. 5. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 nov. 2019. Seção 1, página 13.



Com a reforma da Camex, a prerrogativa de se pronunciar sobre as propostas relativas a contenciosos para proteger os interesses brasileiros permitidos pelo Direito Internacional é mandatada ao Conselho de Estratégia Comercial. Destaca-se que, nos modelos comparados, essa decisão final também é transposta para órgão superior, como é o caso do *Minister for Trade*, na Austrália, e do *Department of Foreign Affairs and International Trade*, no Canadá.

De forma geral, avalia-se a existência de avanços no modelo de proteção diplomática comercial brasileiro, principalmente na fase preliminar de identificação das barreiras e peticionamento junto ao governo federal. Novos avanços poderão ocorrer no que toca a definição de prazos e melhor especificação da sistemática procedimental, a exemplo do que se verifica na Seção 301 e na TBR, onde há clara identificação de fases do procedimento, cada uma com prazos específicos. Na TBR, por exemplo, a Comissão tem quarenta e cinco dias para decidir sobre a admissibilidade da reclamação e começar o procedimento formal de investigação, e entre cinco e sete meses para concluí-lo<sup>69</sup>. Já na Seção 301, o USTR também tem o prazo de quarenta e cinco dias relativo à admissibilidade do pleito, e, diferentemente da TBR, conta com prazos definidos não só para encerrar a investigação, mas também para a determinação final dela decorrente<sup>70</sup>.

Por fim, aponta-se que o SEM Barreiras foi estabelecido por Decreto Presidencial, não possuindo a estabilidade necessária para ser considerado um mecanismo totalmente formal – como ocorre no caso da Seção 301 e da TBR, ambas estabelecidas por normativas mais robustas em seus respectivos modelos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conflitos comerciais existiram e continuarão a existir mundo afora. A dinâmica da economia mundial, guerras, pandemias, entre outros, proporcionam frequentes mudanças que alteram os cálculos de interesses dos agentes privados e dos Estados.

Nessas situações, os Estados devem decidir acerca do exercício da proteção diplomática uma vez que o SSC da OMC ou outros mecanismos alternativos disponíveis são acionáveis apenas pelos Membros, geralmente Estados.

Não há uma regra, entretanto, para o desenho do sistema de proteção diplomática comercial. A origem dos modelos institucionais ocorreu, principalmente, com a estruturação da Seção 301, nos Estados Unidos, e do NCPI, posteriormente substituído pela TBR, na União Europeia, que foram os primeiros mecanismos formais de petição ao Estado. As evoluções, entretanto, são distintas quando se expande a amostra de países. A Austrália e o Canadá mantiveram a via informal em seus sistemas, mas pode-se dizer que seus mecanismos têm mais aspectos formais do que o habitual. Avançaram especialmente no que toca a transparência e a centralização de demandas.

No tocante ao Brasil, também se observaram importantes avanços na fase inicial de identificação de pleitos como parte do sistema de proteção diplomática comercial, que parece ter superado as principais críticas que lhe eram dirigidas. Diz-se “parecer”, pois este artigo não faz um balanço empírico sobre as mudanças, sendo a mais notável delas a criação do SEM Barreiras, com o intuito de estabelecer mecanismo formal de petição no país. Outro ponto importante foi a consolidação da competência decisória relativa aos contenciosos comerciais sob o Conselho de Estratégia Comercial da Camex.

69 MAVROIDIS, Petros; ZDOUC, Werner. Legal means to protect private parties' interests in the WTO: the case of the EC new Trade Barrier Regulation. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p. 407-432, set. 1998, p. 419.

70 MAVROIDIS, Petros; ZDOUC, Werner. Legal means to protect private parties' interests in the WTO: the case of the EC new Trade Barrier Regulation. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p. 407-432, set. 1998, p. 429.

Sugere-se, assim, a existência de evolução em termos de transparência na interlocução privado-público na fase de identificação dos pleitos. Já a manutenção da prerrogativa da decisão do exercício da proteção diplomática no nível estatal é encontrada e praticada nos modelos comparados, dada o complexo conjunto de fatores que compõe essa decisão.

A partir desses avanços, poderão surgir novas reflexões para aprimorar os aspectos procedimentais, aproximando-o, quando couber, da experiência comparada da Seção 301 e da TBR, conforme explorado neste artigo.

## REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel. Contenciosos brasileiros na Organização Mundial do Comércio: pauta comercial, política e instituições. *Contexto Internacional*, v. 30, n. 3, p. 655-699, dez. 2008.

ARSLANIAN, Regis P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1994.

BARRAL, Welber. Solução de controvérsias na OMC. In: KLOR et al. *Solução de Controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004

BRASIL. Decreto nº 10.044, de 4 de outubro de 2019. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 out. 2019. Seção 1, p. 1-3.

BRASIL. Decreto n. 10.098, de 6 de novembro de 2019. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico de Monitoramento de Barreiras às Exportações - SEM Barreiras e institui o Comitê Gestor do SEM Barreiras. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 nov. 2019. Seção 1, página 13.

BRASIL, SEM Barreiras. *Perguntas frequentes*. Disponível em: <<http://sembarreiras.gov.br/faq/>> Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL, Ministério de Relações Exteriores. *SEM Barreiras: Sistema Eletrônico de Monitoramento de Barreiras Comerciais*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/17818-sistema-eletronico-de-monitoramento-de-barreiras-comerciais>> Acesso em: 19 ago. 2020.

BRONCKERS, Marco; MCNELIS, Natalie. The EU Trade Barrier Regulation comes of age. *Journal of World Trade*, v. 35, n. 4, p. 57-99, 2001.

BUENO *et al.* As origens históricas da diplomacia e a evolução do conceito de proteção diplomática dos nacionais. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XVII, 2017.

CASTELAN, Daniel; SANTOS, Leandro Wolpert dos. O Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC: soft balancing? *Revista Carta Internacional*, v. 13, n. 3, p. 59-82, set./dez. 2018.

CHARNOVITZ, mavrSteve. Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James (Org.). *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Cambridge: CUP, 2002, p.621-622.

CROWELL & MORING LLP. *Interim Evaluation of the European Union's Trade Barrier Regulation (TBR)*, 2005. Disponível em: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/october/tradoc\\_125451.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/october/tradoc_125451.pdf) Acesso em: 02 set. 2020.

DAVIS, Christina L.; SHIRATO, Yuki. Firms, Governments, and WTO Adjudication: Japan's Selection of WTO Disputes. *World Politics*. v. 59, n. 2, p. 274-313, jan. 2007.

ELIASSON, Johan; SHERMAN, Richard. Trade disputes and non-state actors: new institutional arrangements and the privatization of Commercial Diplomacy. *World Economy*, v.29, n. 4, p.473-489, mar. 2006.

FERNANDES, Ivan Filipe. Interesses organizados na política comercial brasileira: da era CACEX às negociações internacionais. *Leviathan*, n. 2, p.1-35, maio 2011.

GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero. El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusion de los acuerdos de la Ronda Uruguay. *Revista de Instituciones Europeas*, v.23, n. 2, p. 455-486, maio/ago. 1996.

LAIHOLD, Michael. Private party access to the WTO: do recent developments in international trade dispute resolution really give private organizations a voice in the WTO? *Global Business & Development Law Journal*, v. 12, n. 2, p. 427-450, 1999.

LEIRER, Wolfgang W. Retaliatory action in United States and European Union: a comparison of Section 301 of the Trade Act of 1974 and Council Regulation 2641/84. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, v. 20, n. 1, p. 41-96, 1996.

MAVROIDIS, Petros; ZDOUC, Werner. Legal means to protect private parties' interests in the WTO: the case of the EC new Trade Barrier Regulation. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, p.407-432, set. 1998.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A Organização Mundial do Comércio*. Brasília: FUNAG, 2013.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. O papel central do setor privado na atuação do Brasil no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. In: Daniela Arruda Benjamin (org.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira*. Brasília: FUNAG, 2013.

MORAES, Henrique Choer. A atuação internacional do Estado em benefício de interesses privados: uma análise jurídica da formação da "micropolítica" externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 2, p.114-134, dez. 2002.

PEREIRA, Lia Baker Valls. A volta da Camex. *Revista Conjuntura Econômica*, v.70, n.10, p.64-65, out. 2016.

PRAZERES, Tatiana. *Comércio Internacional e Protecionismo: as Barreiras Técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VEIGA, Pedro da Motta; IGLESIAS, Roberto Magno. A institucionalidade da política brasileira de comércio exterior. In: MARKWALD, R. *et al* (org.). *O desafio das exportações*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002. p. 50-96.

WALSH, Thomas W. Dispute Settlement at the World Trade Organization: do municipal laws promoting private party identification of trade disputes affect state participation? *Journal of World Trade*, v. 40, n. 5, p. 889-908, out. 2006.

---

**Recebido em:** 08/09/2020

**Aprovado em:** 01/12/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; SERRA, Rafael Caputo Bastos. Proteção diplomática e conflitos em comércio internacional: evolução comparada de modelos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.95-107, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# ABORTO: A CONSTRUÇÃO DA PESSOALIDADE DA MULHER NO BRASIL DO SÉCULO XXI

## ABORTION: THE CONSTRUCTION OF WOMEN'S PERSONALITY IN BRAZIL OF THE XXI CENTURY

Bruno Torquato Zampier Lacerda<sup>1</sup>

**RESUMO:** A história moderna do aborto se confunde com as premissas éticas do cristianismo, especialmente a partir do final do século XIX. Isto fez com que grande parte das legislações de países de tradição cristã, como o Brasil, viesse a aprovar normas jurídicas criminalizando a conduta de autoaborto. Todavia, várias destas nações já puderam revisar seus ordenamentos jurídicos, a partir da década de 1970, entendendo como necessária a ampliação do direito de escolha por parte da mulher, permitindo-se assim a interrupção voluntária da gravidez, desde que atendidos certos requisitos. Para tanto, alguns modelos foram construídos no direito comparado, sendo urgente que o Brasil possa se alinhar, o quanto antes, à vanguarda mundial na proteção à mulher grávida, salvaguardando seus direitos fundamentais.

**Palavras-chaves:** aborto; interrupção voluntária da gravidez; autonomia existencial; modelos no direito comparado; estado da arte no Brasil.

**ABSTRACT:** The modern history of abortion is confused with the ethical premises of Christianity, especially from the end of the 19th century. This caused a large part of the legislation of countries with Christian tradition, such as Brazil, to pass legal norms criminalizing self-conduct. However, several of these nations have already been able to revisit their legal systems, starting in the 1970s, understanding the need to expand the right of choice on the part of women, thus allowing the voluntary termination of pregnancy, provided certain requirements are met. To this end, some models were built in comparative law, and it is urgent that Brazil can align itself, as soon as possible, with the world vanguard in protecting pregnant women, safeguarding their fundamental rights.

**Keywords:** abortion; voluntary termination of pregnancy; existential autonomy; models in comparative law; state of the art in Brazil.

---

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Civil no Curso Supremo em Belo Horizonte. Professor e Coordenador de Cursos de Pós-graduação na Faculdade Arnaldo. Membro associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Membro associado da Academia Brasileira de Direito Civil. Bolsista Capes. Delegado de Polícia Federal.

## 1. INTRODUÇÃO

A prática de se colocar fim à vida de um nascituro, envolvendo métodos físicos ou químicos, não é uma novidade da era moderna. Em um texto médico datado dois mil anos antes de Cristo já eram encontrados relatos de que um imperador chinês prescrevia a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio. Porém, o risco da ingestão de substâncias nocivas para a saúde das mães fez com que algumas sociedades e culturas preferissem realizar a prática do infanticídio, ou seja, a morte da criança após o nascimento. Havia ainda a adoção de outros métodos de aborto, que causavam sérios riscos de falecimento para a mãe, tais como pancadas no abdômen e cavalgadas durante horas a fio para que se pudesse interromper a vida intrauterina<sup>2</sup>.

A posição da mulher na sociedade também influenciava na possibilidade de aceitação ou não de práticas abortivas. Tanto na Grécia quanto na Roma antiga, o feto era considerado parte do corpo da mulher. Como esta era uma espécie de propriedade do marido, o aborto só poderia acontecer com autorização deste.

Na filosofia antiga, o aborto era defendido por Aristóteles como método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas. Em *Política*, escreveu:

Quando os casais tiverem filhos em excesso, que o aborto seja realizado antes que os sentidos e a vida tenham começado; o que pode ou não ser feito legalmente nesses casos depende da vida e da sensação.<sup>3</sup>

Platão, por sua vez, defendeu em seu livro *República* que os abortos deveriam ser obrigatórios para mulheres acima de 40 anos, como forma de manter a pureza da raça de guerreiros gregos<sup>4</sup>. Hipócrates ficou conhecido por ensinar métodos contraceptivos e abortivos. Sócrates era favorável à facilitação do aborto, quando a mulher manifestasse tal intenção.

A questão ética do aborto vinculada à moral religiosa surgiu logo no início da era cristã. Por influência de Santo Agostinho (354 – 430 d.C.), o grande pensador do início do Cristianismo, considerava-se que o embrião não tinha alma até o 45º dia após a concepção. Logo, ausente a alma humana, a penalidade deveria ser branda. Em posição análoga, o frade italiano São Tomás de Aquino (1225 – 1274) entendia que a infusão da alma (ensoulment) só ocorreria com a formação do corpo, conforme se depreende da interpretação de sua densa *Summa Theologiae* (Questão 118, art. 2)<sup>5</sup>.

Desta forma, o aborto era uma infração repreensível tanto quanto os métodos contraceptivos (mal moralmente condenável), mas jamais podendo ser punido como um homicídio. Tais posições ficaram conhecidas como a teoria da hominização tardia, partindo do entendimento de que o embrião se desenvolve progressivamente, sendo a vida informada inicialmente por uma alma vegetativa, tal como uma planta, à qual se seguiria uma alma sensitiva, própria dos animais, para apenas depois surgir uma alma racional e, portanto, humana.

Esta posição destes dois grandes pensadores do Cristianismo ficou assentada no Concílio de Viena, convocado pelo Papa Clemente V em 1312, quando se registrou que a realização de um aborto nas primeiras semanas da concepção não poderia ser equiparada

---

2 Relato disponível no site <https://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>

3 ARISTÓTELES. *Política*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

4 PLATÃO. *República*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

5 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2020.



a um assassinato. Separou-se então o aborto de um feto inanimado, que em tese não seria proibido, daquele aborto de um feto animado, este sim proibido. Neste último caso, estaria configurado um crime contra a concepção e o matrimônio, mas como exposto, não equiparável a um homicídio.

Tal ordem de ideias permaneceu, em linhas gerais, até o final do século XVIII, quando avanços da ciência permitiram supor que a infusão da alma ocorreria mesmo desde a concepção. Assim, em 1869, o papa Pio IV acatou a então denominada teoria da personalização imediata e declarou todos os abortos como verdadeiros assassinatos, independentemente do estágio da gravidez, passando-se a ser esta a posição oficial da Igreja Católica desde então.

A ideia de que a vida humana começaria no momento da concepção não foi criada pelo Vaticano, mas surgiu de uma campanha levada a efeito por médicos, ainda no século XIX. A Igreja Católica apenas acatou esta visão científica para se reposicionar perante o tema.

Assim, no início do século XX, com a revolução científica e liderados por alguns setores mais conservadores da sociedade, especialmente a igreja, conseguiu-se aprovar leis que proibiam totalmente a prática do aborto, tal como aconteceu no Brasil com o advento do Código Penal em 1940. Vale registrar que o Código Criminal do Império de 1830, bem como o Código Penal Brasileiro de 1890, não criminalizavam expressamente o autoaborto (aborto praticado pela própria gestante)<sup>6</sup>.

O que se deve questionar a todo instante é a presença, ainda nos dias atuais, de ideais cristãos na legislação em vigor em estados democráticos e laicos, ainda que a maior parte da população de uma determinada nação se autodeclare como professante dessa fé.

Há que se romper o paradigma do cristianismo moderno para que se possa viver o pluralismo de uma democracia secular. A moral coletiva não deveria se sobrepor à possibilidade de construção de uma moral individual. Friedrich Nietzsche já criticava esta moral de rebanho no século XIX

Com a ajuda de uma religião que satisfaz aos mais sublimes desejos do rebanho e acaricia seus desejos, mesmo nas instituições políticas e sociais, uma expressão sempre visível dessa moral: o movimento democrático continua a herança do movimento cristão.<sup>7</sup>

Nesta esteira, como se verá adiante, ao longo do século XX, operou-se certa releitura e o aborto induzido se tornou prática legal em muitos países do Ocidente, em que pese protestos destas alas mais conservadoras (denominadas em língua inglesa de “pro-life groups”). Destaque especial aqui para a União Soviética que em 1920, logo após a revolução russa, liberou totalmente a prática do aborto. Interessante observar também que o aborto foi liberado na Alemanha, no período do Partido Nazista de Adolf Hitler. Conforme se verá adiante, esta tradição cristã já foi rompida em vários países ocidentais prevalecendo, todavia, naqueles com menor desenvolvimento educacional e econômico.

Segundo dados fornecidos pelo Guttmacher Institute, organização sem fins lucrativos dedicada ao estudo e construção de políticas de saúde, direitos sexuais e reprodutivos, sediada nos Estados Unidos, teriam ocorrido aproximadamente 121 milhões de gravidezes indesejadas a cada ano em todo o mundo, entre 2015 e 2019. Destas gravidezes, cerca de

---

6 Disponíveis em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) e <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>.

7 NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *Além do bem e do mal: preludio de uma filosofia do futuro*. São Paulo: La fonte, 2012

61% (sessenta e um por cento) terminaram em aborto. Isto daria uma média de 73 milhões de abortos por ano no mundo<sup>8</sup>. E o mais incrível é perceber que, segundo estudos, não há diferença de taxas percentuais de abortamento nos países em que permitem e naqueles que proíbem a prática. Elas são rigorosamente idênticas, demonstrando a pouca eficácia da proibição<sup>9</sup>.

É imperioso que o tabu existente acerca do aborto na sociedade brasileira há quase um século seja efetivamente descortinado, servindo o Direito nesta seara como instrumento de efetivação de liberdades e não como meio de violência contra pessoas em estado de vulnerabilidade, tal qual a mulher grávida. Conforme a irreparável advertência de Sigmund Freud, citando Wilhelm Wundt, é preciso que qualquer povo e estágio de cultura possam escapar dos danos provocados por tabus, que podem ser definidos como

toda proibição, estabelecida nos usos e costumes ou em leis expressamente formuladas, de tocar num objeto, reivindicá-lo para uso próprio ou utilizar certas palavras proibidas constitui um tabu.<sup>10</sup>

Desta forma, a proposta do presente artigo se insere não apenas como uma demonstração das contradições históricas da tradição cristã. Nas linhas que se seguem há uma tentativa de se fomentar o debate democrático, laico, plural, evitando-se modos absolutistas de imposição de uma única verdade ou concepção de vida boa. Deve-se questionar a legitimidade do Estado na construção coercitiva, inadmissível e injustificável de uma ética coletiva a partir de um aparato normativo, fato este que inexoravelmente deságua num desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, de igualdade, do planejamento familiar e da justiça social. A bíblia deve ser sempre considerada como uma legítima opção individual; contudo, a Constituição será uma inexorável imposição de alcance coletivo.

## 2. LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Qualquer indivíduo necessita de um espaço de liberdade, dentro do qual possa agir, sem as amarras, controles ou limitações de quem quer que seja. Neste ambiente mais restrito, há plena possibilidade de construção de sua personalidade, entendida esta como a tomada de ações no sentido da autodeterminação e autoafirmação das configurações individuais do sujeito, a partir do exercício de sua liberdade. Na visão de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira

a personalidade é a possibilidade da pessoa humana assumir uma identidade, isto é, um horizonte no qual ela é capaz de livremente tomar uma posição e assim agir, ser responsável pela sua ação e buscar ser reconhecido através dela, em um universo intersubjetivo em que identidades se entrelaçam e processualmente se constituem e reconstituem.<sup>11</sup>

---

8 Dados disponíveis em <https://www.gutmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>

9 Dados disponíveis em <https://www.gutmacher.org/infographic/2020/abortion-occurs-worldwide-where-it-broadly-legal-and-where-it-restricted>

10 FREUD, Sigmund. *Totem e tabu: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

11 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito da pessoa humana à identidade de gênero autoconstruída: mais uma possibilidade de personalidade. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Privado: revisitações*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

Esta esfera de intimidade e privacidade, dentro da qual será possível a construção da própria identidade, deve ser protegida como expressão da personalidade do indivíduo, celeiro a partir do qual toda liberdade será exercitada. É do querer íntimo, da vontade nascida no interior do sujeito, que partirá o autorregramento de sua vida, descortinando seus interesses que então serão perseguidos, como forma de alcance da plenitude de sua dignidade enquanto ser humano.

Esta liberdade de agir, manifestando-se suas vontades na busca da satisfação de seus interesses é a semente para o conceito de autonomia (*auto* = própria; *nomia* = norma). Se no período francês pós-revolucionário, focado nos ideais do liberalismo oitocentista, essa autonomia era vista como algo absoluto e ligado à máxima expressão da vontade, com mínima carga intervencionista, modernamente deve ser enxergada como uma autonomia de cunho privado, com limites sendo impostos a fim de se garantir interesses igualmente dignos de tutela como, por exemplo, os interesses públicos primários e secundários, os interesses difusos e coletivos. Tais limitações serão impostas, sobremaneira, pelo Estado através de seu ordenamento jurídico. Mas hodiernamente não apenas por este; fatores sociais e principalmente econômicos também estabelecem limites ao exercício desta autonomia.

Assim, a liberdade, intrinsecamente multiforme, se manifesta também através da autonomia, sendo esta então tida como a capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão. Este conceito não está afeto estritamente ao Direito Privado (valendo-se, nesta passagem, da velha dualidade da ciência jurídica, atualmente questionada por muitos autores). Entretanto, sem dúvidas, é neste campo que se manifesta com maior intensidade sendo, inclusive, comumente denominada de Autonomia Privada.

Conforme leciona Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves “a autonomia privada é a concessão de poderes de atuação à pessoa. O ordenamento confere uma amplitude de comportamento ao ser humano”.<sup>12</sup>

Já na visão de José Abreu Filho, a autonomia privada pode ser conceituada como sendo “os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”.<sup>13</sup>

E do encontro da autonomia privada com a noção de pessoalidade surge uma nova acepção: a autonomia existencial. Esta seria o exato ambiente de escolhas conduzidas livremente pelo sujeito, na autogestão do exercício de seus variados direitos da personalidade, em busca da construção de sua identidade e, conseqüentemente, de seu projeto biográfico de vida boa.

E exatamente aqui se encontra um primeiro problema na questão do aborto: a autonomia existencial da gestante em interromper a gestação. Dito em outras palavras, a liberdade de escolha da futura mãe em realizar o procedimento abortivo. Haveria esfera de autonomia para a tomada desta decisão? O Estado tem mesmo legitimidade para impor limites impeditivos a tal ato interruptivo da gestação? Há que se permitir escolhas no âmbito da pessoalidade ou o Estado deve impor, a partir de preceitos morais, a construção da identidade sob o status jurídico da maternidade?

Em obra que discute a legalização do aborto, os autores espanhóis Tomás S. Vives Antón e María Luisa Cuerda Arnau, trazem a discussão da liberdade para pontuar alguns

---

12 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

13 ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

argumentos daquilo que se convencionou denominar de “posturas pro-elección” (igualmente apeladas de pro-libertad ou pro-choice). Como forma de enriquecer a discussão, em especial no sentido de adoção de posição favorável à prática, os autores colacionam o pensamento de alguns filósofos, contribuindo para o polêmico e sensível debate.<sup>14</sup>

Apoiados em John Stuart Mill, apresentam a questão da liberdade e isonomia entre os sexos, demonstrando o posicionamento do autor inglês de que a intervenção do estado na esfera da mulher tornava-a submissa, chegando ao extremo da escravidão, o que violaria a isonomia de gênero.

A defesa radical de Mill em favor da liberdade encontrava apenas uma limitação: a esfera do outro indivíduo. Nesta linha, vale o registro de que

a única liberdade que merece o nome é aquela que busca o nosso bem à nossa maneira, desde que não procuremos privar aos outros da sua ou impedir suas iniciativas de alcançá-la. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja ela corporal, mental ou espiritual. Os homens tem mais a ganhar tolerando que cada um viva como lhe pareça melhor do que obrigando cada uma a viver como pareça bom para o resto.<sup>15</sup>

Importante destacar também outro argumento trazido pelos autores espanhóis: a pluralidade consubstanciada na aceitação de diferentes projetos de vida de cada indivíduo. Na visão deles

el pluralismo democrático exige que las libertades se ordenen en virtud de un consenso entrecruzado (overlapping), logrado sobre la base de la razón pública por ciudadanos que, personalmente, profesan doctrinas comprensivas diferentes.<sup>16</sup>

Seja através do pluralismo ou da liberdade em suas mais diversas facetas, não se pode afastar, por óbvio, a análise da liberdade sexual da mulher, visto que o exercício autônomo desta é fundamental para a análise da (i)legalidade de um aborto eventualmente praticado.

Apenas para exemplificar, o ordenamento pátrio não pune o aborto praticado em casos de gravidez resultante de estupro, uma vez que nessa situação a liberdade sexual da mulher foi violada. Logo, não é possível haver limitação a uma autonomia que sequer existiu. Se o fundamento de qualquer responsabilidade repousa no exercício de uma liberdade, onde esta não existe é absolutamente inviável se pensar naquela. O Estado optou corretamente por não responsabilizar quem não exerceu sua liberdade sexual.

De igual maneira, o Estado Brasileiro também não pune o aborto quando a vida da própria gestante está em risco, em virtude da gravidez. Entre a vida de um e de outro, o Estado opta claramente pela vida da genitora, evitando que conflitos morais normalmente avassaladores neste cenário, venham a perturbar ainda mais a tomada de decisão pela mulher.

Trabalhando o ideal de liberdade ora analisado, Taisa Maria Macena de Lima assevera que

A liberdade, que dentro do mundo do liberalismo limitava-se a não intervenção do Estado na autonomia da vontade, assumiu outras dimensões. Ela em sentido jurídico é também enfocada sob uma perspectiva da privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas

---

14 ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

15 MILL, John Stuart. *Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal*. São Paulo: Faro editorial, 2019.

16 ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

individuais, exercendo-as como melhor convier. São exemplos de violação do direito à liberdade a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos e a incapacidade de controle dos dados pessoais, inclusive os dados genéticos.<sup>17</sup>

Se todo indivíduo plenamente capaz é dotado de liberdade e conseqüentemente autonomia, que como dito se manifesta inclusive no exercício de sua vida sexual, a proibição ao aborto condiciona o exercício daquela até certo ponto. Caso a mulher engravide, sob a premissa de que há uma nova vida em jogo, cessaria a partir dali sua autonomia para decidir sobre a continuidade ou não da gravidez.

Importante observar, do ponto de vista dogmático, que a liberdade se qualifica como um direito fundamental. Logo, o proibicionismo ao aborto não respeitaria os direitos fundamentais da mulher, pois indubitavelmente nega a ela a possibilidade de recusar de maneira autônoma uma gravidez não desejada ou planejada. A mulher sob esta perspectiva seria um mero sujeito passivo e não um verdadeiro sujeito de direitos, não permitindo a ela o livre desenvolvimento de sua personalidade, de sua vida, integridade física e moral, intimidade, liberdade ideológica e igualdade. Esta perspectiva, inclusive, atenta contra várias políticas afirmativas de proteção à mulher em situação de vulnerabilidade.

Nesta linha, a própria receptividade pela nova ordem constitucional dos tipos penais definidores do autoaborto no Brasil, está sendo questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, tanto no controle de constitucionalidade difuso, quanto concentrado, como se verá adiante.

### **3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA AUTONOMIA EXISTENCIAL**

Não é possível abordar a liberdade sem trabalhar os limites a ela impostos. Mesmo os maiores defensores da liberdade, que repudiavam qualquer forma de intervenção estatal no direito privado, estabeleciam que o limite da liberdade do sujeito estava na esfera de liberdades do outro indivíduo. Ou seja, ainda que não haja uma clara intervenção estatal nos limites ao exercício de uma dada liberdade, haveria a alteridade a determinar a contenção de atos capazes de violar a esfera alheia.

Há que se trazer ao debate o papel do Estado como limitador do exercício da autonomia privada, impedindo que o indivíduo afete a esfera de direitos do outro, especificamente no caso do aborto. Não há dúvidas de que quando se fala em limitação da prática do aborto está em questão a tutela do bem jurídico da vida do nascituro. A lei penal brasileira optou por elencar essa vida como objeto digno de proteção, ao tipificar condutas abortivas nos art. 124 a 127 do Código Penal.

Entretanto, o direito à vida não pode ser tomado como absoluto, como de resto todo e qualquer direito fundamental. O próprio ordenamento jurídico brasileiro o relativiza quando, por exemplo, prevê no art. 5º da CR/88 a pena de morte em casos de guerra declarada; a figura penal da legítima defesa; ou, ainda, a permissibilidade para o aborto, sem sanção penal (art. 128 do Código Penal) nos casos de risco de vida da mãe – chamado aborto necessário – e em caso de estupro, quando por uma ausência de sentimento da mãe, ela pode abdicar da vida do feto – chamado de aborto sentimental, como destaca Bernardo Gonçalves Fernandes.<sup>18</sup>

---

17 LIMA, Taisa Maria Macena de. O uso de amostra biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: uma breve reflexão. In: FLUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 159.

18 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.



Assim, haverá exceções dentro do próprio ordenamento jurídico, afastando desta maneira, qualquer posição jurídica taxativa de impossibilidade do aborto, mesmo que reconhecida a vida e, conseqüentemente, o direito a ela por parte do nascituro.

Chega-se aqui a um impasse: o direito à liberdade da gestante se sobrepõe ao direito à vida do nascituro? Ou seria o contrário? Qual a posição do legislador intervencionista? O nascituro deve ser qualificado juridicamente como pessoa? Ainda que se qualifique como tal, haveria uma real contraposição de direitos entre a liberdade da genitora e a vida do feto?

Como já apresentado, em alguns casos, o legislador brasileiro entendeu que a liberdade da mãe seria merecedora de tutela, autorizando a interrupção da gravidez em hipóteses excepcionais. O próprio Supremo Tribunal Federal ampliou estas hipóteses no âmbito do bloco de constitucionalidade, ao permitir o aborto do nascituro para o qual se demonstra cabalmente a impossibilidade da vida extrauterina, em virtude de má formação congênita, como naqueles casos relativos a anencefalia e outras questões genéticas análogas (como por exemplo, a síndrome de body stalk).<sup>19</sup>

O Brasil enxerga, até o presente momento, que as iras da norma penal são a via adequada para regramento da prática abortiva. Seria esta a melhor solução ao problema que alguns especialistas, inclusive, apontam como de saúde pública? A história brasileira do aborto é a história de um delito, ao menos do século XX para cá. E pior, a história de um delito aplicado seletivamente e que também não se mostra como uma tipificação eficaz a tutelar o bem jurídico protegido.

As cifras brancas (dados estatísticos oficiais sobre cometimento de determinado delito) deste crime são insignificantes. Raras são as sessões de julgamento de Tribunais do Júri, por todo o país, a julgar esta infração penal. Já as cifras negras, ou seja, as práticas que sequer chegam a conhecimento das estatísticas oficiais do Estado, deveriam fazer parte das preocupações dos governantes brasileiros. Segundo estimativas de um estudo conduzido pelos professores Mario Giani Monteiro, do Instituto de Medicina Social da UERJ e Leila Adesse, da ONG Ações Afirmativas em Direitos e Saúde, o número de abortos induzidos em 2013, no Brasil, teria gravitado entre 685.000 (seiscentos e oitenta e cinco mil) e 856.000 (oitocentas e cinquenta e seis mil). Todavia, os números registrados no Ministério da Saúde são infinitamente menores. Teriam ocorrido apenas 1.523 (mil quinhentos e vinte e três) casos de abortos legais no mesmo período.<sup>20</sup>

Fato é que no Brasil as bases de dados oficiais de saúde não permitem ter uma estimativa segura acerca do número de abortos que ocorrem a cada ano. Isto porque os dados disponíveis se restringem às mortes por aborto e às internações por complicações derivadas de abortos. Há ainda outro problema: a subnotificação dos próprios óbitos derivados de abortos, muitas vezes registrados com causalidades diversas. É cada dia mais importante se indagar o quanto esta ameaça punitivista contribui para a falta de clareza destes dados de saúde pública e, conseqüentemente, da ausência de políticas de estado para proteção das pessoas envolvidas nesta sensível temática.

Por tudo isto, há que se duvidar da legitimação deste tipo de castigo; a ameaça penal não desestimula a ação e, a um só tempo, desprotege a mulher, principalmente aquelas pertencentes a camadas sociais mais vulneráveis. Ou seja: o fim buscado pela repressão

---

19 Síndrome de body stalk é uma malformação fetal grave decorrente da falha de formação das dobras cefálica, caudal e laterais do corpo embrionário, ocorrendo em média em um a cada quinze mil gestações. Por não possuir cordão umbilical, o feto tem sua parede abdominal aberta, colada à placenta materna. (BIANCHI, DW, Crombleholme, TM, D'Alton, ME. Body-Stalk Anomaly: In Fetology. New York, McGraw Hill, 2000, p 453).  
20 Dados colhidos no site <http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>.

criminal não está surtindo qualquer efeito prático e, além disso, está colocando em risco milhares de vidas femininas ao longo de pelo menos oitenta décadas.

Saber, portanto, se é função do Direito Penal regulamentar desta maneira apresentada a prática é de extrema importância. Este mesmo diálogo foi empreendido na Alemanha. Winfried Hassemer, citado por Antón e Arnau, chegou a afirmar que

O Direito Penal está desautorizado, como conceito de proteção, a regulamentar o aborto orientado a um bem jurídico, tanto sob uma perspectiva empírica, quanto normativa. Sob a primeira, investigações mais precisas não são capazes de demonstrar a existência de uma relação digna de menção entre os índices de aborto e sua regulação penal. No plano normativo, porque a ameaça penal separa a mãe de seu feto, como autora e vítima (quando na verdade se trata de uma dualidade dentro da individualidade), porque supõe uma intimidação vazia no lugar de uma ajuda concreta. Definitivamente, cria-se um Direito Penal Simbólico, enganoso e inefetivo.<sup>21</sup>

A chave que conduziria a um novo marco regulatório do aborto seria alterar esta perspectiva dualista tão bem sintetizada por Hassemer. O ângulo que melhor se ajustaria aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais seria outro; um intervencionismo protetivo à mulher, nesta especial situação de vulnerabilidade.

O que se defende é efetivação da subsidiariedade do Direito Penal, princípio clássico na doutrina penalista. O Estado deve fazer uso da repreensão penal apenas em último caso, depois de reconhecer o fracasso de outras esferas de atuação. O que se percebe da experiência brasileira é exatamente o contrário, visto que nada é feito para evitar-se o uso da *ultima ratio*, fomentando um universo marginal e paralelo de abortos clandestinos, sabido e tolerado pelo senso coletivo.

Apoiados em estudos científicos, outros países possuem legislações de apoio e acompanhamento das gestantes que manifestam o desejo de abortar, dentro de limites temporais, sem ignorar a proteção ao nascituro. Ao invés da punição, busca-se a proteção, algo muito mais construtivo para um Estado que tem como princípio fundamental da tutela da dignidade humana.

#### **4. DIREITO AO ABORTO: MODELOS DE LIMITAÇÃO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA**

Na legislação comparada vigoram alguns modelos sobre a questão do aborto, a maioria deles tratando a matéria fora do debate criminal, principalmente em países com índices de cidadania mais elevados. Desta forma, é possível resumir esses modelos da seguinte maneira:

a) modelo puro de prazo – se caracteriza por não punir o aborto durante a primeira fase da gravidez, geralmente nos três primeiros meses, quando se concede preferência absoluta ao direito de autodeterminação da mulher;

b) modelo de assessoramento – é uma variante do modelo de prazo por impor também um assessoramento prévio e obrigatório à gestante, destinado à decisão sobre a continuação ou não da gravidez, ocorrendo numa fase inicial da gestação. Há um incentivo à proteção à vida do embrião através deste assessoramento preventivo à mulher;

c) modelo misto – há uma cláusula geral de necessidade, com a decisão final sendo também da mulher grávida. Na fase inicial da gravidez, pode ser alegada esta necessidade de interrupção, independentemente de justificativas.

21 ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

Para avaliar a aplicabilidade destes modelos é importante analisar o Direito de algumas relevantes nações.

Nos Estados Unidos da América há uma vasta e longa discussão constitucional a respeito do aborto. No famoso caso *Roe v. Wade* (1973), entendeu a Suprema Corte ser direito da mulher abortar livremente no primeiro trimestre de gravidez. A discussão tangencia os direitos fundamentais da mulher e suas limitações. Além disto, há também um enfoque na questão do nascituro enquanto pessoa (a princípio, rechaçam esta possibilidade). Em resumo, a jurisprudência norte-americana estabeleceu três etapas: 1<sup>a</sup>) três primeiros meses – prevalece o direito à intimidade da mulher. Ela e seu médico decidirão sobre a continuidade da gravidez, não podendo o Estado limitar ou se opor a este direito constitucional; 2<sup>a</sup>) no segundo trimestre de gravidez, o Estado federado, focado no interesse de proteger a saúde da genitora, pode optar por regular o aborto, estabelecendo os casos e as condições em que terá lugar; 3<sup>a</sup>) A partir do sexto mês, há uma mudança de posicionamento – os Estados federados poderão estabelecer proibições ao aborto, inclusive com normas penais, já que a vida do feto é viável sem a presença da mãe; porém, se houver risco à vida da gestante, deveria se permitir o aborto. Com isto, surgiu a tão propalada expressão “Doutrina Roe”.

Posteriormente, em outra discussão de 1977, a Suprema Corte Americana debateu se uma lei estadual que estabelecia a não cobertura de abortos voluntários pelos estados era constitucional. Ou seja, o estado poderia sim editar uma lei que estabelecesse a não gratuidade deste tipo de cobertura. O debate por lá ainda persiste quanto a esta questão do financiamento público desta prática, tendo tal promessa, inclusive, constado do programa de governo de Barack Obama, a fim de se garantir um acesso igualitário a este direito. Já Donald Trump, seguindo seu viés conservador, é absolutamente contra o aborto e qualquer financiamento público da prática.

Já em 1979, a mesma Corte Americana analisou a necessidade ou não de autorização dos pais para aborto de menores grávidas. Decidiu-se que é possível a legislação estabelecer necessidade desta autorização, mas determinou que haja um procedimento alternativo que permita se verificar caso a caso se a menor tem ou não a maturidade suficiente e que está bem informada para adotar a decisão de abortar (interessante, pois determina que a maturidade seja verificada no caso concreto, superando-se assim modelos abstratos de capacidade, como temos por exemplo em nosso Código Civil, nos arts. 3<sup>o</sup> a 5<sup>o</sup>).

Atualmente, a política legislativa norte-americana sobre aborto não admite muitos retrocessos, já que este é encarado como um verdadeiro direito da mulher emanado da Constituição, sendo certo que conta com o apoio da ampla maioria da população (em vários plebiscitos realizados em estados, o direito ao aborto venceu a proibição).

Recentemente, em junho de 2020, a Suprema Corte norte-americana invalidou uma lei de 2014 do estado da Louisiana que trazia retrocessos na questão do aborto. Segundo esta norma do ente federado, haveria uma restrição ao funcionamento de clínicas de aborto, sendo possível que as pacientes fossem atendidas apenas em hospitais de maior porte ou que médicos obtivessem neste hospital a denominada admissão de privilégios, uma espécie de autorização formal para a realização do aborto. Na prática, isto conduziria ao fechamento de cerca de dois terços das clínicas existentes por lá. Invocando os precedentes do próprio Tribunal, em especial uma lei do estado do Texas de 2016, bem similar à ora impugnada e que fora igualmente invalidada, por cinco votos a quatro, os magistrados entenderam que estas normas estaduais implicariam na colocação de empecilhos importantes às mulheres que pretendessem realizar o aborto. Portanto, manteve-se a *Roe Doctrine* na SCOTUS (Supreme Court of the United States), mesmo diante de sua recente composição mais conservadora

(após a nomeação de dois novos juízes pelo presidente Donald Trump).

Registre-se que apesar das decisões da Corte Suprema, as controvérsias na norte-américa estão longe de acabar. A título de exemplo, desde a década de 1990, estados americanos tem elaborado leis restringindo o exercício do direito ao aborto, seja limitando o financiamento público da prática, determinando a técnica abortiva a ser utilizada, instituindo obrigações prévias à gestante (no Texas, por exemplo, vinte e quatro horas antes do aborto, a mulher é obrigada a uma ecografia a fim de que veja as imagens do feto). Também é de se registrar o movimento “personhood movement” que vem propondo reformas constitucionais para que se reconheça o nascituro como verdadeira pessoa, desde a concepção, incluindo os casos de fertilização in vitro.

Já na Europa o panorama é de gradual e progressiva liberalização nas últimas décadas. Em que pese não ser um direito consagrado expressamente nas Constituições, há um crescente número de leis que garantem o direito ao aborto pelas mulheres. Inicialmente adotando os modelos de prazo, variando entre 12 e 18 semanas, atualmente a maioria dos países adota o modelo de aconselhamento, não dissuasivo, exigindo que as mulheres sejam atendidas por equipes multidisciplinares e tenham um período de reflexão antes da efetivação do procedimento. Estes prazos e requisitos variam conforme cada nação, mas é possível afirmar que há um certo consenso de que a liberdade de escolha da mulher deve prevalecer.

Após a reunificação das duas Alemanhas na década de 1990, este país optou por implantar o modelo de assessoramento. Porém, tal alteração foi feita a partir da jurisprudência, que entendeu que o assessoramento estatal faria com que o ente cumprisse seu dever de proteção, permitindo-se então que a gestante pudesse decidir seu futuro, construindo ou não sua identidade como mãe. A partir da decisão autônoma da mulher, o Estado, ao invés de focar na punição, busca assessorá-la informando sobre os direitos enquanto grávida, os direitos da criança que está por vir, dentre outros. Ou seja, a ideia é criar uma rede de proteção, assessorando a mulher para a tomada da difícil decisão.

Todavia, a questão na Alemanha ainda continua intrincada, uma vez que o Código Penal puniria com até três anos de reclusão o autoaborto. Haveria, de todo modo, uma excludente para este delito, desde que o aborto fosse realizado nas primeiras doze semanas e contasse com o auxílio médico e psicológico. A mulher teria, ainda, que aguardar três dias para a realização do procedimento.

O debate germânico atual está centrado na possibilidade ou não dos médicos divulgarem seus serviços abortivos. A ginecologista Kristina Hänel, da cidade de Giessen foi ameaçada de punição com uma multa, pelo simples fato de colocar em seu site que realizava tal procedimento. Isto porque o Código Penal Alemão proíbe a divulgação deste tipo de serviço. Os grupos antiabortistas vem reiteradamente promovendo notícias crimes junto à Polícia Criminal Federal contra médicos que anunciam esse procedimento. Apenas em 2015, foram 35 denúncias contra médicos em toda a Alemanha. E aqui não se trata de anúncios publicitários propriamente ditos. São simples informações em sites dos consultórios ou em catálogos médicos. Portanto, há um forte clamor para que tal norma proibitiva seja revogada, privilegiando-se o direito à informação, já que as mulheres que pretendem exercer sua liberdade de decidir, precisam saber onde irão encontrar os médicos para tal finalidade<sup>22</sup>.

No Reino Unido, segue vigente a Lei de Aborto de 1967, modificada parcialmente pela

---

22 Este debate está bem retratado em reportagem do portal de notícias DW (Deutsche Welle) disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-complicada-situa%C3%A7%C3%A3o-do-aborto-na-alemanha/a-41523927>.

Lei de Fertilização Humana de 1990, estabelecendo que ninguém pode ser punido por aborto realizado até a vigésima quarta semana de gestação. Esta lei estabelece ainda uma série de obrigações de informação às autoridades sanitárias, possibilidade de objeção de consciência. Apenas na Irlanda, país de forte tradição católica, o aborto está proibido por uma lei própria<sup>23</sup>.

Já na Itália, país de forte tradição católica, desde 1978 há uma lei que resguarda a autonomia da mulher grávida para decidir sobre a interrupção voluntária da gravidez. Esta norma resguarda também uma tutela social da maternidade e traz como princípio a procriação consciente e responsável. Optando pelo aborto, a mulher terá que se dirigir a um centro de saúde, ou ao seu médico de confiança, que irão informar os direitos que possui enquanto grávida, entregando inclusive um documento que atesta ter sido ela devidamente assessorada, sete dias antes da interrupção da gravidez.

Até noventa dias de gravidez, a mulher decide por si só. Passado este prazo, para ocorrer a interrupção, há que se ter razões médicas, como risco de vida para a gestante ou má formação do nascituro. Se o feto já é viável (possibilidade de viver sem a mãe), o médico só poderá interromper a gravidez para salvar a vida da gestante e, ainda assim, deverá adotar todas as medidas necessárias para preservar a vida do primeiro.

Em se tratando de incapazes, nos primeiros noventa dias é possível o aborto segundo a legislação da península itálica, desde que haja autorização de seus pais ou tutores, podendo inclusive haver suprimento judicial do consentimento.

Desde 2009 há norma autorizando que o aborto na Itália seja feito a partir do uso de medicamentos. Em agosto de 2020, o debate por lá está centrado em ampliar o uso de fármacos para o aborto, em especial através do uso de pílula RU-486 que, com base em evidências científicas, permitiria com segurança a interrupção sem necessidade de internação da gestante, até a nona semana de gravidez<sup>24</sup>.

Por fim, a lei italiana trata o aborto como uma prestação sanitária pública e gratuita, permitindo aos médicos, todavia, a objeção de consciência quanto ao procedimento.

Em Portugal, por sua vez, ocorreu um referendo em 2007, sendo então aprovada uma Lei que exclui a ilicitude em casos de interrupção voluntária da gravidez. Porém, esta lei veio a reformular o código penal, trazendo a “interrupção da gravidez não punível”, quando houver risco para a saúde física e psíquica da mãe, má formação do feto, estupro e, principalmente, por petição da mulher dentro das dez primeiras semanas de gravidez. Em se tratando de menores, também se exige a autorização dos pais ou tutores. Assim como a lei italiana, se garante a assistência no serviço público de saúde, bem como se permite a objeção de consciência do médico.

Há inclusive uma forte tradição constitucional relativa ao aborto em Portugal. Desde a década de 1980, o Tribunal Constitucional se opôs ao tratamento criminal desta temática. Já em 1998 e 2006, esta Corte reiterou a constitucionalidade dos referendos, que viriam a ocorrer em 2007, como dito. E em sua mais recente decisão de 2010, destacada por Rúbio-Marín, validou o modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo, conciliando a proteção à vida intrauterina e a autonomia reprodutiva das mulheres<sup>25</sup>.

23 CESARINO, Letícia da Nóbrega. *Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lang=en](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lang=en).

24 Ver notícia da Agência Italiana de Notícias, disponível em [http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/08/10/governo-da-italia-facilita-acesso-ao-aborto-farmacologico\\_43f2d233-6455-4533-b3f5-9cd01b401527.html](http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/08/10/governo-da-italia-facilita-acesso-ao-aborto-farmacologico_43f2d233-6455-4533-b3f5-9cd01b401527.html).

25 RÚBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências do constitucionalismo europeu. *Revista Direito GV*. São Paulo. Vol. 13. Jan-abr. 2017.



Já na Espanha, em março de 2010, entrou em vigor a Lei Orgânica 02/2010, que seria a lei de saúde sexual, reprodutiva e da interrupção voluntária da gravidez. Esta lei trouxe uma mudança drástica no tratamento do aborto naquele país, abordando-o de uma maneira integral e retirando este tema do debate criminal, seguindo-se, assim, o direcionamento dado pelo Parlamento Europeu em 2002.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a lei espanhola trouxe dois modelos de interrupção da gravidez, quais sejam:

I) interrupção a pedido da mulher (art. 14) – neste caso, a mulher poderia decidir se deseja ou não levar a gravidez adiante, desde que esteja dentro das primeiras catorze semanas. Ainda assim, o consentimento de mulher só seria colhido após orientação estatal acerca de métodos e condições para esta interrupção, auxílios públicos disponíveis às grávidas, partos na rede pública, direitos trabalhistas vinculados à gravidez (estabilidade, licença, etc), ajuda e atenção fornecidas às crianças, benefícios fiscais, informação sobre funcionamento e localização dos centros de anticoncepção e sexo seguro. Ou seja, esta modalidade de interrupção só ocorreria efetivamente após um consentimento informado e esclarecido da gestante.

II) interrupção por causas médicas (art. 15) – são três as hipóteses regulamentadas: a) risco para a saúde da mulher, desde que a gestação ainda não tenha ultrapassado vinte e duas semanas; b) risco de graves anomalias no feto, desde que a gestação não tenha ultrapassado as mesmas vinte e duas semanas; c) anomalias fetais incompatíveis com a vida ou uma enfermidade extremamente grave e incurável, a qualquer tempo.

Na França, desde 1975 é permitida a interrupção voluntária da gravidez, até a 12ª semana de gestação, com aconselhamento por equipe multidisciplinar. Em agosto de 2020, causou polêmica a aprovação de um projeto que, alterando a lei de bioética, autorizaria a interrupção médica da gravidez em caso de sofrimento psicossocial da mulher, a qualquer tempo. Em verdade, esta possibilidade já existia quando colocasse a vida da gestante em risco. O que a alteração legislativa fez foi apenas positivar algo que antes derivava de processo hermenêutico, trazendo assim uma maior segurança jurídica aos atores envolvidos. Este sofrimento psicossocial, segundo o Colégio Nacional de Ginecologistas e Obstetras Franceses pode ser definido como a situação vivida por mulheres que sofreram violência, têm graves problemas psicológicos ou estão em condições precárias. E nestes casos, uma comissão multidisciplinar avaliaria a situação, concedendo ou não a autorização para o aborto. Indubitavelmente, é um avanço no tratamento da interrupção da gravidez. Logo, não é verdade que a França teria autorizado o aborto como uma escolha da mulher até nono mês de gestação, como incorretamente se noticiou<sup>26</sup>.

Com peculiaridades normativas distintas, enquadram-se dentre os países que permitem de forma mais ou menos extensa, a interrupção voluntária da gravidez: África do Sul, Albânia, Alemanha, Austrália, Áustria, Bangladesh, Bélgica, Bulgária, Canadá, China, Cingapura, Coreia do Norte, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Japão, Noruega, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, Tunísia, Turquia, Vietnã, Zâmbia, entre outros.

Na contramão da proteção aos direitos da mulher e, portanto, não permitindo o aborto como exercício da autonomia existencial, estão: Afeganistão, Angola, Argentina, Brasil, Camboja, Chile, Colômbia, Congo, Costa do Marfim, Filipinas, Guatemala, Haiti, Honduras,

---

26 Alteração nº 524 disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3181/AN/524>.

lêmen, Indonésia, Irã, Irlanda, Laos, Líbano, Líbia, Mauritânia, México, Moçambique, Nicarágua, Nigéria, Paraguai, Quênia, República Dominicana, Síria, Sri Lanka, Sudão, Tanzânia e Venezuela.

Dentre estes países que proíbem a escolha pelo aborto, o único que se situa entre os de maiores IDH (índice de desenvolvimento humano)<sup>27</sup> é a Irlanda, de forte tradição católica. Todos os demais ocupam posições intermediárias ou retardatárias no ranking das Organizações das Nações Unidas<sup>28</sup>. Importante observar que os países com IDH mais elevado costumam ter políticas protetivas mais amplas, redundando na admissibilidade do aborto voluntário. Logo, é possível dizer que há uma relação indicativa, mas não necessária, entre o IDH de um país e sua legislação sobre aborto.

## 5. O ESTADO DA ARTE NO BRASIL

No capítulo introdutório, destacou-se que a trajetória do aborto no Brasil é a história de um delito. Para tanto, percorreu-se os códigos criminais desde o Império até o presente momento. Houve tentativas ao longo dos anos de se incluir o direito ao aborto no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, estes projetos foram contidos por fortes movimentos de cunho religioso e conservador, que ainda dominam o Congresso Nacional.

Desde 2011 foram apresentados sessenta e nove projetos de lei sobre a temática do aborto no Congresso Nacional<sup>29</sup>. A esmagadora maioria destas propostas são notórios retrocessos quanto aos direitos da mulher. Para se ter uma ideia, há projetos que buscam aumentar a pena do crime de aborto e restringir as hipóteses legais nas quais o aborto é permitido. Inclusive, vários projetos são repetidos, servindo-se assim muito mais para que o parlamentar possa marcar seu posicionamento a respeito da temática e acalantar seu eleitorado, que qualquer outra finalidade.

Apenas um projeto, dentre estes sessenta e nove, propõe a efetiva descriminalização do aborto no Brasil; o PL 882/2015, de autoria do então Deputado Federal Jean Wyllys<sup>30</sup>. Esta proposta reconhece o direito à maternidade voluntária e livremente decidida, confirmando que toda mulher deve ter o direito de realizar a interrupção voluntária de sua gravidez, assistida por médico, sendo tal ato condicionado ao consentimento livre e esclarecido da gestante, na rede privada ou mesmo na rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS). Este projeto está apensado ao PL 313/2007, que trata do planejamento familiar, em trâmite junto à Comissão de Seguridade Social e Família na Câmara dos Deputados, sem qualquer perspectiva próxima de votação no plenário da Casa Legislativa.

Quanto ao Poder Judiciário, nesta última década é possível dizer que os Tribunais Superiores brasileiros, sob o influxo de agendas mais progressistas, vêm viabilizando uma abertura em prol dos direitos da mulher. Para registrar esta caminhada, importante pontuar três degraus que marcariam este cenário, em especial no STF: aADPF (arguição de descumprimento

27 O Índice de Desenvolvimento Humano é uma unidade de medida importante para aferir o grau de desenvolvimento de uma determinada nação nos quesitos educação, saúde e renda. Vem sendo utilizada pela Organização das Nações Unidas desde 1990, tendo sido criado pelos pesquisadores Mahbub Ul Haq e Amartya Sen.

28 Para conferir o índice de desenvolvimento humano de cada nação, conferir a tabela disponibilizada pela ONU em [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf).

29 Pesquisa feita junto ao sítio do Congresso Nacional na internet. Disponível em <https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?q=aborto>.

30 WYLLYS, Jean. *Projeto de Lei da Câmara nº 882, de 2015*. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 9 de agosto de 2020.

de preceito fundamental) nº 54, que permitiu o aborto em casos de anencefalia do feto; o Habeas Corpus nº 124.306, que teve como relator para o acórdão o Ministro Luis Roberto Barroso, no qual se questiona a recepção pela nova ordem constitucional, dos artigos do Código Penal Brasileiro que tipificam o aborto; a ADPF nº 442, proposta pelo partido político PSOL, que está em debate neste momento e também questiona a recepção do Código Penal no que se refere ao aborto.

Proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, a ADPF nº 54 traz à tona a questão da interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Esta ação foi julgada procedente pelo pleno da Suprema Corte em 2012, chegando-se à conclusão de que nestes casos de má formação genética do feto, não há que se falar em crime de aborto. Dentre as dezenas de razões para o julgamento, destacou-se a necessidade de correta informação à gestante para que esta possa escolher livremente se quer levar ou não adiante a gravidez de um nascituro, cuja vida medica e cientificamente será inviável, ante ao diagnóstico de anencefalia. Não se está a impor o aborto, mas sim de se conceder à mulher o aparato necessário à tomada desta decisão.

Como princípios jurídicos, foram enfatizados a laicidade do Estado Brasileiro e a liberdade religiosa, a ausência de tutela do direito à vida em casos como o do nascituro (vida e anencefalia seriam termos antitéticos), o caráter não absoluto do direito à vida, o direito à saúde, à dignidade, à autonomia, à liberdade e à privacidade.

Ressalte-se que o advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS à época da propositura da ADPF nº 54 era Luis Roberto Barroso, que posteriormente foi nomeado para assumir uma das onze cadeiras de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Em 2016, ao analisar a presença dos requisitos que autorizariam ou não a decretação de uma prisão preventiva em crime de aborto diante de um cenário fático determinado (Habeas Corpus nº 124.306), o mesmo Luis Roberto Barroso adentrou na discussão da recepção ou não desse delito ante à Constituição da República de 1988.

Em sua longa explanação no voto-vista, o Ministro Barroso concluiu que seria preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. Além disso, estariam sendo violados direitos fundamentais, tais como: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Finalmente, chega-se à ADPF nº 442, proposta pelo partido PSOL em março de 2017, na qual se solicita a declaração de não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal. Para tanto, são indicados como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Nesta ADPF, optou-se, tal qual na de nº 54, pela realização de audiência pública no STF, para que democraticamente os órgãos e entidades da sociedade civil possam vir e se manifestarem a respeito desta possibilidade de não recepção da norma impugnada. Sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, em agosto de 2018, foi realizada esta audiência pública na qual foram ouvidas aproximadamente cinquenta pessoas ligadas a Igrejas, Universidades, Movimentos de Direitos Humanos e da Mulher, Conselhos Federais, Ministérios, entre outros<sup>31</sup>. Este rico debate certamente contribuirá para a tomada de decisão pelo pleno do Supremo Tribunal Federal num futuro próximo, uma vez que ainda se espera o posicionamento da Corte.

Destaque-se que esta decisão, seja ela qual for, estará recheada de polêmicas, a começar pela questão relativa ao ativismo judicial. Muito se discute se seria papel do Poder Judiciário decidir tema tão controverso, mesmo diante da completa inércia do Poder Legislativo em apreciar projetos que regulamentam o direito ao aborto e que dormitam há décadas nos escaninhos do Congresso Nacional. Em seu parecer na ADPF nº 442, o eminente Procurador-geral da República, em maio de 2020, ao opinar pelo indeferimento da medida cautelar e, no mérito, pela improcedência da arguição, asseverou que

não cabe descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação na via do controle concentrado de constitucionalidade, por constituir deliberação reservada às competências constitucionais, às capacidades institucionais e à legitimidade democrática do Poder Legislativo.<sup>32</sup>

Como se vê, é imperioso que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental seja pautada para sessão de julgamento o mais breve possível para que, em sendo julgada procedente, o Brasil possa efetivamente caminhar em busca da ampliação dos direitos da mulher, como forma de densificação de uma ampla dignidade da pessoa humana, em respeito à liberdade, aos direitos reprodutivos, à isonomia, ao planejamento familiar, e à construção da identidade individual. Ainda assim, a eventual procedência não resolverá uma série de problemas, como se verá no capítulo seguinte.

Por fim, quanto à proposta de se estabelecer um plebiscito no Brasil para que a definição da permissão da interrupção voluntária da gravidez seja um retrato da manifestação popular, tal qual já ocorreu em outros países, há de se demonstrar a falácia desta opção.

Primeiramente, a vontade da maioria num processo democrático não deveria, do ponto de vista ético, se sobrepor à possibilidade de construção da própria identidade, no processo acima denominado de exercício da personalidade. Não é pelo simples argumento de que a maioria assim deseja que alguém deveria ser inviabilizado de realizar uma escolha eminentemente pessoal e privada. A moral coletiva não deveria se sobrepor à possibilidade de definição da sua moral individual, em estados verdadeiramente democráticos e plurais, como é a opção de nossa Constituição da República de 1988.

Em segundo lugar, sendo o plebiscito um instrumento de escolha pública, dilemas morais não são por ele resolvidos, uma vez que se estabeleceria uma deletéria polarização que certamente encobriria os complexos meandros da decisão por um aborto.

Por fim, o plebiscito distorceria por completo a visão acerca da interrupção voluntária da

---

31 A transcrição integral desta audiência pública está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>.

32 Parecer do Procurador-geral da República, Sr. Augusto Aras, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf>.

gravidez, como hoje infelizmente já acontece. O fato de um estado permitir tal interrupção não significa que ele está a incentivar a prática do aborto. Ter um aparato legislativo que oriente, tolere e apoie uma tomada de decisão que por certo envolve um misto de sentimentos, dores, dúvidas e dilemas morais, é uma transparente demonstração de que aquele estado tutela com efetividade os direitos fundamentais de seus cidadãos.

A escolha pelo abortamento é um direito individual, no âmbito da personalidade. A quem é contra o direito ao aborto, o recado deve ser cada vez mais claro: sua escolha em não realizar esta interrupção da gravidez, está garantida pelo Estado, no plano pessoal. A gravidez será levada adiante e o nascimento da criança merecerá toda proteção devida. Entretanto, a escolha diametralmente oposta, de se colocar fim à gravidez, deve ser igualmente objeto de tutela estatal. Não é possível que apenas uma destas escolhas seja digna de atenção e proteção.

## **6. CONCLUSÃO**

É absolutamente insuficiente discutir a questão do aborto sob um viés estritamente criminal. A confrontação e polarização envolta neste tema tem sido fator de impedimento de alcance de evoluções que efetivamente protejam a mulher, especialmente em solo brasileiro. Tratar a interrupção voluntária da gravidez sob uma perspectiva integral, indo desde a prevenção e proteção à gravidez e à maternidade em si, tem sido o caminho adotado pelas nações mais desenvolvidas sob o ponto de vista econômico, sanitário e educacional. Isto permite enxergar o nascituro e seus direitos, sem desconsideração dos interesses da mulher, igualmente dignos de tutela. Ou seja, antes de ser uma questão criminal, a proibição ao aborto traz evidente conteúdo de bioética, biodireito, direito constitucional e direito civil. O tema é interdisciplinar à toda evidência.

Aqui se destaca a verdadeira função do direito civil relido sob as luzes da Constituição, em pleno século XXI, como instrumento de reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais no âmbito da vida privada, sob o manto de um Estado laico, democrático e plural. Somente assim será alcançada a plenitude da ora denominada autonomia existencial, apta à construção da personalidade.

Ao analisarmos os projetos de lei em trâmite no Brasil, verifica-se que a maioria esmagadora se destina a restringir ainda mais o direito ao abortamento, indo na contramão do que há décadas vem sendo feito nos Estados Unidos e Europa. É necessário, portanto, que o Brasil avance em busca de uma análise mais racional do assunto, afastando argumentos fundamentalistas e hipócritas, dentro de uma sociedade que cada vez dessacraliza o ato sexual e procura conviver democraticamente com a inerente complexidade e diversidade existente.

Não se está a defender uma liberdade sexual inconsequente, cuja solução seria a simplificação do aborto em si. Muito pelo contrário, o que se pretende é incentivar uma abordagem mais ampla do debate, impondo-se ao Estado uma abstenção no âmbito da persecução penal e partindo para a real proteção de mulheres, indo desde a orientação e prevenção de gravidezes indesejadas, até um possível aborto oriundo de escolhas livres e informadas, dentro de limites científicos, como nos casos das legislações estrangeiras citadas em capítulos anteriores.

Ao que parece, ficará a cargo do Poder Judiciário e não do Legislativo esta discussão, sobremaneira a partir do caminhar da ADPF nº 442, proposta em 2017, junto ao STF. O ativismo judicial acaba por pautar mais uma vez um tema que envolve toda a coletividade. A inércia do Legislativo, aliado a uma agenda parlamentar cada vez mais distante dos preceitos



constitucionais, faz com que o poder técnico proceda à interpretação que pareça ser mais adequada e proporcional do ponto de vista da Constituição da República de 1988.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido feito no âmbito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, várias questões poderão ficar sem respostas. Teria o STF o condão de estipular um modelo puro de prazo? E qual seria o critério para definição deste prazo? Seria possível à Corte Suprema estabelecer o modelo de assessoramento, em adição ao modelo de prazo? Descriminalizando a conduta, o Estado deveria arcar com os custos da decisão pelo aborto no âmbito do Sistema Único de Saúde? A agência estatal responsável pode autorizar medicamentos abortivos? Se sim, tais fármacos poderiam ser usados apenas com aconselhamento e orientação médica? Qual será o papel dos médicos na interrupção voluntária da gravidez? Mais uma vez a problemática temática será relegada apenas às resoluções do Conselho Federal de Medicina?

Assim como foi feito na Espanha, para a efetiva tutela dos direitos da mulher, melhor seria a construção de um marco legal para regulamentar a sensível temática do aborto, inserido dentro de um referencial mais amplo, em que se pudesse tratar sobre saúde sexual e direitos reprodutivos. É urgente e necessário que, sem âncoras retrógradas, seja aprovado no Brasil uma espécie de Estatuto da Gestante que regule com a devida segurança todas estas intrincadas e sensíveis questões, estabelecendo-se então requisitos para a interrupção voluntária da gravidez. Por ora, aguarda-se o posicionamento do STF no âmbito da ADPF nº 442, julgando procedente a arguição, não como solução definitiva, mas como pontapé inicial para o rompimento dos tabus que impregnam a legislação brasileira há quase um século, na contramão do mundo desenvolvido.

## REFERÊNCIAS

ANSA, Agência Italiana de Notícias. *Governo da Itália facilita acesso ao aborto farmacológico*. Disponível em: <[http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/08/10/governo-da-italia-facilita-acesso-ao-aborto-farmacologico\\_43f2d233-6455-4533-b3f5-9cd01b401527.html](http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/08/10/governo-da-italia-facilita-acesso-ao-aborto-farmacologico_43f2d233-6455-4533-b3f5-9cd01b401527.html)>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2020.

ARAUJO, Vera; CASTRO, Carolina; TINOCO, Danara. *850 mil mulheres realizam aborto no Brasil por ano*. Agência GLOBO. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

ARISTÓTELES. *Política*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. *Código Criminal do Império*. Lei, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 2 de março de 2015.

CESARINO, Leticia da Nóbrega. *Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lang=en](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lang=en)>. Acesso em: 21 de agosto de 2020.

Deutsche Welle. *A complicada situação do aborto na Alemanha*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/a-complicada-situa%C3%A7%C3%A3o-do-aborto-na-alemanha/a-41523927>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997,

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

GUTTMACHER, Institute. *Abortion occurs worldwide where it is broadly legal and where it is restricted*. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2020/abortion-occurs-worldwide-where-it-broadly-legal-and-where-it-restricted>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GUTTMACHER, Institute. *Unintended pregnancy and abortion worldwide*. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de. O uso de amostra biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: uma breve reflexão. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MILL, John Stuart. *Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal*. São Paulo: Faro editorial, 2019.

NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. São Paulo: La fonte, 2012.

PLATÃO. *República*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROSADO-NUNES, Maria José. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. In: *Ciência e Cultura*. São Paulo: vol. 64, nº 2, Apr./June 2012.

RÚBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências do constitucionalismo europeu. In: *Revista Direito GV*. Vol. 13. Jan-abr. 2017. São Paulo.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito da pessoa humana à identidade de gênero autoconstruída: mais uma possibilidade de personalidade. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Privado: revisitações*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ADPF nº 54*, DJ 10/05/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Habeas Corpus 124.306*, DJ 17/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ADPF nº 442*, sob julgamento.

WYLLYS, Jean. *Projeto de Lei da Câmara nº 882, de 2015*. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 9 de agosto de 2020.

---

**Recebido em:** 30/08/2020

**Aprovado em:** 08/12/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Aborto: a construção da personalidade da mulher no Brasil do século XXI. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.108-127, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# REFLEXÕES SOBRE ALIENAÇÃO FAMILIAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

## REFLECTIONS ON FAMILY ALIENATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Vitor Almeida<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da alienação de pessoas com deficiência no ambiente familiar em cotejo com os atos de alienação parental, previstos, de forma exemplificativa, na Lei n. 12.318/2010, que consistem, basicamente, em interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente de maneira promovida ou induzida por um dos genitores com o intuito de repudiar o outro genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Nesse caminho, busca-se definir o conteúdo do direito à convivência familiar das pessoas com deficiência no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial a partir da função das entidades familiares de servirem ao livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como espaço adequado de cuidado e solidariedade. Sob a ótica da inclusão social e do resgate da autonomia das pessoas com deficiência, investigam-se os fundamentos e os instrumentos presentes na ordem jurídica brasileira para a efetivação do direito à convivência familiar e da integridade psicofísica. Por conseguinte, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, defende-se a extensão, no que couber, da lei da alienação parental aos demais casos de interferências promovidas ou induzidas que visem o afastamento de parentes com acentuada vulnerabilidade, a exemplo das pessoas com deficiência, submetidas ou não à curatela, em nítido prejuízo à manutenção do sadio convívio familiar, em consonância com o seu melhor interesse e como forma de combater a violência psicológica intrafamiliar.

**Palavras-chaves:** alienação familiar; direito à convivência familiar; integridade psíquica; pessoas com deficiência; vulnerabilidade.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the phenomenon of alienation of people with disabilities in the family environment in relation to acts of parental alienation, provided, for example, in Law no. 12,318 / 2010, which basically interferes in a psychological way or makes a teenager promote a way or induced by one of the parents with the intention of repudiating or another parent or causing damage to the establishment or maintenance of bonds with him. Along this path, seek to define the content of the right to family life for persons with disabilities in the Statute of Persons with Disabilities and in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, especially based on the role of service entity and the personality of its members. , as an adequate space of care and solidarity. From the perspective of social inclusion and the rescue of the range of people with disabilities, investigate the foundations and instruments present in the Brazilian legal order for the realization of the right to family life and psychological integrity. Therefore, based on bibliographic and documentary research, an extension, without registration, is advocated for the parental alienation law for other cases of promoted or induced interference, for viewing or removal of parents with marked vulnerability, for example, of people with indentity, submitted or not to the trustee, in case of damage to the maintenance of healthy family life, in line with their best interest and as a way to combat intra-family psychological violence.

**Keywords:** family alienation; disabled people; psychic integrity; right to family life; vulnerability.

---

<sup>1</sup> Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto de Biodireito e Bioética (IBIOS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCVIL) e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD (Lei n. 13.146/2015) foi pródigo ao afirmar em diversas passagens os direitos inerentes a uma vida familiar livre de discriminações e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, embebido das diretrizes emanadas da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), internalizada no ordenamento brasileiro com *status* de emenda constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei Maior. Em seu preâmbulo, a CDPD afirma que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado”. Prossegue ao estabelecer “que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência” (item x). O reconhecimento da relevância do núcleo familiar na formação da personalidade de um indivíduo encontra especial significado no caso das pessoas com deficiência, eis que contribui para o exercício da capacidade em igualdade de oportunidade e encontra pleno amparo no movimento de inclusão social desse grupo historicamente estigmatizado, na linha do que foi encampado pela lei protetiva em conformidade com os desígnios convencionais/constitucionais.

Nessa linha, o direito à convivência familiar, amplamente previsto em sede constitucional e infraconstitucional, é fartamente reconhecido à pessoa com deficiência, seja como necessário à sua inclusão social, mas principalmente como indispensável ao inerente cuidado devotado aos vulneráveis por força da solidariedade constitucional. É de se afirmar, portanto, que eventuais disputas familiares, que envolvem, não raras vezes, questões argentárias ou puramente egoístas, acabam por afastar do convívio a pessoa vulnerável dos demais parentes em razão de postura individualista e abusiva que interfere de modo provocado ou induzido na integridade psicofísica do parente vulnerável alienado e viola seu direito fundamental à convivência familiar, o que deve ser de todo combatido pelo Direito.

Diante de tal cenário, parece salutar refletir sobre a extensão e o alcance da Lei n. 12.318/2010, conhecida como lei da alienação parental, aos demais sujeitos vulneráveis no âmbito familiar e que também sofrem com o afastamento induzido ou provocado dos demais parentes. A mencionada Lei trata do combate aos atos de alienação parental, ou seja, da interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por aqueles que detêm a autoridade, a guarda ou a vigilância, com a finalidade de repudiar um dos genitores ou causar prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, nos termos do seu art. 2º. Nada obsta, no entanto, que se verifique na realidade dinâmica das famílias, em giro contrário, que filhos adultos ou cônjuges/companheiros, entre outros parentes próximos, também exerçam atos comissivos ou omissivos dolosos de interferência nociva no convívio familiar, sobretudo, em situações em que se aproveita da situação de vulnerabilidade ou da própria situação de curatela para afastamento provocado ou induzido entre pais idosos e seus demais filhos em razão de litígio entre irmãos ou mesmo entre irmãos e parentes próximos. Viola-se o direito fundamental à convivência familiar e a própria dignidade do sujeito alienado, eis que afeta os vínculos afetivos formados ao longo da vida e, por conseguinte, ofende sua integridade psicofísica.

À luz de tais considerações, busca-se definir o conteúdo do direito à convivência familiar das pessoas com deficiência, em especial a partir da função das entidades familiares de servirem ao livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como espaço adequado de cuidado e solidariedade. Por conseguinte, como medida de afirmação e efetividade da convivência familiar, defende-se a extensão, no que couber, da lei da alienação parental aos demais casos de interferências promovidas ou induzidas que visem o afastamento de parentes



com acentuada vulnerabilidade, a exemplo das pessoas com deficiência, submetidas ou não à curatela, em nítido prejuízo à manutenção do sadio convívio familiar, em consonância com o melhor interesse de cada grupo específico e suas intrínsecas vulnerabilidades. Almeja-se, com base em tais objetivos e a partir de pesquisa bibliográfica e documental, analisar o fenômeno da alienação de pessoas com deficiência mental ou intelectual em situação de curatela e os instrumentos de proteção em prol da efetividade do direito à convivência familiar e do direito à integridade psicofísica à luz da legalidade constitucional.

## **2 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DA FAMÍLIA NO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

O equilíbrio entre a preservação da autonomia e a atenção à vulnerabilidade da pessoa com deficiência sempre foi delicado, especialmente no campo das relações familiares tal sopesamento adquire ares ainda mais intrincados, eis que são vínculos íntimos e afetivos e, indiscutivelmente, constitutivos do desenvolvimento da personalidade do próprio ser. Tal sintomática assertiva é reforçada com a preocupação deliberada do legislador pátrio ao elaborar o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015 – com os altos propósitos de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, e, por consequência, o reconhecimento de sua plena capacidade civil em todos os aspectos da vida, especialmente no campo da vida familiar.

Notadamente, os incisos do art. 6º do EPD revelam de forma nítida o objetivo da lei inclusiva em afirmar e garantir a capacidade civil das pessoas com deficiência para casar-se e constituir união estável (inciso I), exercer direitos sexuais e reprodutivos (inciso II), exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar (inciso III), conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória (inciso IV), exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária (inciso V) e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (inciso VII).

Tais dispositivos descortinam o espírito do estatuto protetivo em assegurar que as pessoas com deficiência possam livremente escolher o arranjo familiar de acordo com as suas preferências e desejos, calcado ou não em um modelo de conjugalidade. Nesse sentido, reconhece que as pessoas com deficiência podem ainda exercer os encargos da guarda, tutela e curatela<sup>2</sup>, desde que não se encontrem submetidas à curatela, o que limita, a depender do caso, o exercício das funções ali indicadas, eis que sempre necessário observar os demais valores constitucionais em jogo, a exemplo dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da pessoa idosa (arts. 227 e 230, CR).

A preocupação do legislador com as relações familiares é fortalecida mesmo nos casos em que a pessoa com deficiência extraordinariamente é submetida à curatela, uma vez que expressamente prevê que tal medida não alcança a sexualidade e o matrimônio (art. 85 § 1º). Uma interpretação sistemática da lei permite afirmar que a curatela, em regra, não alcança nenhum dos direitos existenciais relacionados à vida familiar indicados, de forma exemplificativa, no elenco previsto no art. 6º do EPD<sup>2</sup>. À luz do texto constitucional, nem poderia ser outra a

2 “A interpretação sistemática da Lei revela que o elenco de hipóteses ali contido não é exaustivo. Foram, porém, contempladas as situações nas quais mais fortemente se faziam presentes a desigualdade e a discriminação das pessoas com deficiência, inclusive nos textos legais. A presença de uma deficiência era pressuposto bastante para retirar das pessoas a capacidade jurídica para estabelecer relações existenciais, tomando-se sempre como argumento o caso das deficiências mais severas, as quais eram e ainda são generalizadas para impedir, de modo difuso, o exercício de direitos existenciais, notadamente os relacionados à vida familiar”. (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Art. 6º. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61)

conclusão, eis que a pluralidade e a não-hierarquia das entidades familiares são pressupostos indispensáveis para evitar a discriminação e a preponderância entre os modelos de família, o que deve ser de todo afastado. Com isso, em regra, a curatela é restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial, e, portanto, não alcança os direitos existenciais vinculados ao direito à família, salvo quando expressamente a sentença que definir os contornos da curatela eventualmente restringir alguma situação existencial de natureza familiar e sempre em proteção da dignidade da pessoa com deficiência.

A importância dos laços familiares no desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência é realçada em outras passagens do vigente marco normativo de proteção das pessoas com deficiência. Desse modo, o art. 114 do EPD, por exemplo, conferiu nova redação ao art. 1.777 do Código Civil para reforçar a preservação do direito à convivência familiar, de modo a afastar o recolhimento dos curatelados em estabelecimentos que os afaste desse convívio. Cabe sublinhar a relevância do direito à convivência familiar, realçado em diversos dispositivos do EPD. Assim, além da sua menção no art. 6º, inciso V, é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação do direito à convivência familiar, conforme estampado no art. 8º<sup>3</sup>. Preocupou-se, ainda, nos termos do art. 31, que o direito à moradia digna da pessoa com deficiência seja, preferencialmente, efetivado no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro.<sup>4</sup>

Mas, sem dúvida, o alcance do direito à família, como preferiu o legislador mencionar na primeira parte do inciso V do art. 6º, merece ser mais bem explorado. A propósito, em linha de unidade sistemática do ordenamento, cabe interpretá-lo à luz das disposições da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo (CDPD), que foram ratificados pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. A par disso, as disposições da CDPD encontram-se formalmente incorporadas, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal. A internalização à ordem constitucional brasileira da CDPD como emenda constitucional revolucionou o tratamento da questão, ao colocá-la no patamar dos direitos humanos e ao adotar o denominado modelo social da deficiência.<sup>5</sup>

Logo em seu preâmbulo, a CDPD ressalta que a família é o “núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência”. No entanto, o núcleo dos direitos ligados à vida familiar na CDPD encontra-se previsto em seu art. 23 que trata do “respeito pelo lar e pela família”. Determina, portanto, o dever dos Estados Partes na adoção de “medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas”. Deve ser assegurado, dessa forma, “o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família,

<sup>3</sup> O direito à convivência familiar é novamente mencionado no art. 39 do EPD como um dos objetivos perseguidos pelos serviços, programas, projetos e benefícios no âmbito da política pública de assistência social à pessoa com deficiência e sua família.

<sup>4</sup> “Art. 31. A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva”.

<sup>5</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. In: *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 17-37, jul./set., 2017.

com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes”; “decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos”; e, que as “pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 23, 1, a, b e c).

É de se afirmar, portanto, que as disposições contidas no EPD seguem as prescrições emanadas da CDPD no tocante à liberdade das pessoas com deficiência em exercer os atos relacionados à vida familiar. E nem poderia ser diferente, tendo em vista a supremacia das normas da Convenção que foram internalizadas com *status* de emenda constitucional, como já afirmado. É nítido que o objetivo central da CDPD é respeitar as decisões da pessoa com deficiência no que tange à aspectos genuínos ligados à família, seja o casamento, a união estável, a autonomia reprodutiva, a maternidade, a paternidade e a convivência familiar de forma ampla e responsável, sem discriminações ou limitações legais incompatíveis com a capacidade.

A CDPD preocupou-se em sopesar os direitos de todos os integrantes da comunidade familiar, de modo a preservar os interesses merecedores de tutela de todos os envolvidos, sem descuidar do respeito ao direito à família que é garantido à pessoa com deficiência. Desse modo, prevê que os direitos e as responsabilidades “das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes” devem ser igualmente reconhecidos, em busca do delicado equilíbrio entre os direitos fundamentais de cada membro da entidade familiar. Em casos de colisão de interesses, fundamental o critério da prevalência do superior interesses das crianças (e adolescentes)<sup>6</sup> apontado pela CDPD, e, em sintonia com a Constituição de 1988, para o encaminhamento mais adequado da questão, sem sacrificar totalmente os direitos asseguradas à pessoa com deficiência, cabendo aos Estados Partes prestar a devida assistência para o adequado exercício das responsabilidades na criação dos filhos (art. 23, 2).

Cabe frisar que no caso de adoção o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece no art. 197-A, inciso VI, incluído por força da Lei n. 12.010/2009, a necessidade de apresentar atestado de sanidade física e mental dos postulantes à adoção domiciliados no Brasil por ocasião da propositura da petição inicial de habilitação dos pretendentes. A restrição imposta por tal dispositivo parece contrariar o disposto no art. 6º, inciso VII, do EPD, especialmente em interpretação conforme à CDPD, uma vez que o art. 23, item 2, estabelece que os Estados Partes devem assegurar os direitos e as responsabilidades das pessoas com deficiência relativos à adoção de crianças e prestar a devida assistência para que tais pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos. Mais razoável seria em caso de curatela de pessoas com deficiência mental ou intelectual averiguar as restrições impostas ao curatelado e os limites da curatela. É de se afirmar completamente equivocado o termo e a exigência de atestado de “sanidade física” na medida em que

6 Cabe lembrar que a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. O Congresso Nacional brasileiro aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1. O Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesmo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2. O Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, promulgou a referida Convenção. Nos termos do ser art. 1, para “efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”. A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no seu art. 2º, considera “criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

deficiência de natureza física não impede ninguém de cuidar e criar seu filho, cabendo em situações específicas a assistência e o apoio necessários.

Nessa linha, o direito à família e à convivência familiar, ambos previstos no art. 6º, inciso V, do EPD, parecem encontrar seu conteúdo mínimo e, assim, os parâmetros de seu alcance no art. 23 da CDPD. Ao lado do art. 8º, que prevê especificamente o direito à sexualidade, à paternidade, à maternidade e à convivência familiar, atuam como *cláusula geral de promoção da autonomia familiar* da pessoa com deficiência, de modo a permitir a constituição e manutenção dos vínculos familiares que melhor se adequem ao seu projeto existencial de vida e ao desenvolvimento de sua personalidade. A interpretação sistemática da CDPD e do EPD, portanto, reforça a ideia de respeito à autonomia da pessoa com deficiência na vida familiar, sem discriminação e preconceitos, e, acima de tudo, da importância da família no desenvolvimento da sua personalidade.

Em paralelo ao respeito à autonomia na vida familiar, amplamente reconhecido às pessoas com deficiência, como visto, indispensável proteger as situações de vulnerabilidade no ambiente familiar, prevenindo casos de abandono, negligência e abusos praticados pelos demais integrantes da família. A CDPD determina que os Estados Partes adotem as salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos em relação ao exercício da capacidade legal (art. 12.4), o que inclui a autodeterminação no que tange à vida familiar. Reconhece, outrossim, que alguns integrantes da família são mais frequentemente atingidos no contexto familiar, como as mulheres e as meninas que estão “expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração” (Preâmbulo, *q*). Assegura, ainda, que “as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar” e, para tanto, “os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias” para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação.

Para o alcance da igualdade e da não discriminação, a Lei Brasileira de Inclusão<sup>7</sup> se preocupa com a vulnerabilidade da pessoa com deficiência e determina no art. 5º sua proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante, seja no ambiente intrafamiliar ou comunitário. O parágrafo único do art. 5º do EPD reconhece, a propósito, que crianças, adolescentes, mulheres e pessoas idosas são especialmente vulneráveis para fins de aplicação do *caput*. Depreende-se, portanto, que a CDPD e o EPD caminham na mesma direção de promover a autonomia e a capacidade, notadamente para fins de exercício dos direitos ligados à vida familiar, mas não descarta da vulnerabilidade que lhe é inerente e que situações de negligência, abandono, abusos de toda ordem<sup>8</sup>, ocultação e discriminação

7 A Lei n. 13.146/2015 é conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). No presente trabalho utiliza-se indistintamente ambas as nomenclaturas.

8 O jornalista Joseph Shapiro, após longa investigação, constatou que há uma epidemia silenciosa de abuso sexual que atinge as pessoas com deficiência intelectual: “*We found that there is an epidemic of sexual abuse against people with intellectual disabilities. These crimes go mostly unrecognized, unprosecuted and unpunished. A frequent result was that the abuser was free to abuse again. The survivor is often re-victimized multiple times*”. Disponível em: <https://www.npr.org/2018/01/08/570224090/the-sexual-assault-epidemic-no-one-talks-about>. Acesso em 28 mar. 2020. Tradução nossa: “Descobrimos que existe uma epidemia de abuso sexual contra pessoas com deficiência intelectual. Esses crimes passam na maior parte do tempo sem serem reconhecidos, sem serem executados e impunes. Um resultado frequente foi que o agressor estava livre para abusar novamente. O sobrevivente é frequentemente vitimizado várias vezes”. A respeito da violência obstétrica, Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carla Harmatiuk Matos constatam que há “um grupo de mulheres ainda mais indefesas, hipervulneráveis, que se encontram em situação de maior desamparo e que sofrem de forma mais intensa e cruel com práticas violentas e hostis ligadas à gestação: as mulheres com deficiência. [...]Esse contingente populacional, dado as sobreposições de gênero e deficiência, vivencia especificidades que tornam ainda mais evidente a sua precarização (BUTLER, 2015, p. 46-47). Essa realidade decorre, em alguma medida, da histórica adoção de um regime das incapacidades baseado no modelo médico da deficiência, que não apenas negava capacidade e autonomia à pessoa com deficiência, resultando na sua objetificação e completa descondição de seus desejos e vontades, como também entendia a deficiência como um “problema” exclusivamente da pessoa que a apresentava, impondo-lhe – no mais das vezes – o intransponível ônus de se adaptar à sociedade”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. In: *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 24, pp. 1-13, 2019, p.4).

podem ocorrer no interior dos agrupamentos familiares e serem praticados por aqueles a quem o ordenamento imputa o dever de protegê-los.

O reconhecimento do direito à família e à convivência familiar, nos termos do EPD e da CDPD, é justificado igualmente pelo objetivo de inclusão social e respeito à dignidade das pessoas com deficiência. Com base no modelo social, é indispensável retirar ou suavizar as barreiras socialmente impostas às pessoas com deficiência, especialmente para o exercício de direitos relacionados à constituição familiar, como o casamento, a união estável, a maternidade e a paternidade. Antes da convivência comunitária, a família representa a comunidade intermediária e *locus* privilegiado de formação do ser e desenvolvimento das suas potencialidades, além de propiciar uma rede de apoio e suporte crucial para as necessidades humanas. A família, portanto, desempenha função essencial no livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, notadamente para as pessoas vulneráveis, que necessitam do apoio, amparo, cuidado, assistência, respeito e consideração, que se efetivam nos vínculos familiares.

Nessa linha, a instrumentalização das famílias à autorrealização individual modifica sua tradicional vocação de instituição como fim si mesma, afigurando-se, atualmente, como o grupo social intermédio hábil a proporcionar o desenvolvimento dos membros da comunidade<sup>9</sup>. A concepção instrumental das entidades familiares é fundamental para que as pessoas com deficiência possam efetivamente exercer o direito à família e à convivência familiar a partir das suas diferenças e de acordo com suas necessidades. Assim, a partir de uma visão mais democrática das famílias, persegue-se o ideal da igualdade e da liberdade com a diminuição do discurso autoritário e patriarcal e, por conseguinte, emerge a valorização da socioafetividade<sup>10</sup>. Desse modo, a ideia de família-instrumento serve como chave de leitura para definir os contornos da proteção das pessoas com deficiência nas relações familiares que devem ser guiadas pela promoção da capacidade, em igualdade de condições, sem discriminações e em nome da sua dignidade.

### **3 A ALIENAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO FAMILIAR E EM SITUAÇÃO DE CURATELA**

A plena capacidade civil das pessoas com deficiência, como visto, foi assegurada no art. 6º do EPD, inclusive para os atos de autonomia existencial, consoante afirmado nos incisos do mencionado dispositivo. No entanto, permitiu o legislador que em situações extraordinárias a pessoa com deficiência fosse submetida à curatela “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” e “no menor tempo possível” (art. 84, § 3º), afetando tão-somente os seus atos de natureza patrimonial e negocial. A incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, pois findou no direito brasileiro a incapacidade absoluta de pessoa maior de idade. É de se ressaltar ainda que, nos termos do art. 4º, III, do Código Civil, é considerada relativamente incapaz a pessoa que não possa exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente, de forma consciente e autônoma, relativa a determinados atos patrimoniais/negociais, mas que, eventualmente, podem atingir os existenciais, desde que como salvaguarda para prevenir abusos e impedir que direitos sejam violados. Como se vê, cuida-se de critério genérico e que afasta o viés discriminatório do regime anterior do Código Civil.<sup>11</sup>

---

9 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

10 Sobre o assunto, cf. CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

11 Seja consentido remeter a ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 229-251.



A curatela, nessa perspectiva, transforma-se em instrumento de proteção e apoio da pessoa com deficiência declarada como relativamente incapaz, mas que se volta, como sua função precípua, à conquista da autonomia perdida ou fortemente mitigada da pessoa com deficiência, em razão do impedimento de longo prazo intelectual ou mental que em interação com as barreiras sociais impedem a plena participação social com as demais pessoas. Sua flexibilidade permite moldar, à luz das circunstâncias do caso concreto, o apoio da forma mais apropriada – se representação ou assistência, de acordo com o projeto terapêutico personalizado e individualizado.<sup>12</sup>

A definição da curatela, isto é, dos poderes do curador e das restrições impostas ao curatelado, deve ser feita diante de cada caso concreto, uma vez que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões de sua definição, preservados os interesses do curatelado (art. 85, §2º). Nos casos em que o juiz não fixar os poderes de representação como mecanismo de apoio, a regra recairá sobre a assistência, a qual é mais compatível com a imperiosa exigência de preservação da autonomia das pessoas com deficiência, ainda que submetidas a regime de apoio. Com o chamado *giro funcional da curatela*, preserva-se a capacidade civil da pessoa com deficiência ao máximo possível, no que diz respeito, sobretudo, a seus interesses existenciais, como prevê o art. 6º do EPD, bem como em relação à sua excepcionalidade enquanto medida protetiva<sup>13</sup>. Apesar da restrição do alcance da curatela aos atos patrimoniais e negociais, nos termos do art. 85, *caput*, do EPD, é admissível estendê-la às situações existenciais, apenas em caráter excepcional, em decorrência e por força da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, através de decisão judicial, sempre proferida para proteção ou benefício, e no interesse da pessoa com deficiência.<sup>14</sup>

A funcionalização da curatela, à luz dos comandos da CDPD e do EPD, evidencia que ela deve promover os princípios constitucionais de dignidade humana e solidariedade social, com o máximo respeito à sua autonomia, sobretudo nos aspectos existenciais da vida, que inclui os direitos relacionados à vida familiar. Em diversos casos, as potencialidades afetivas do incapaz se mantêm idôneas e devem ser preservadas. Fundamental, nesse sentido, promover o direito à convivência familiar da pessoa com deficiência com todos os parentes com quem manteve vínculos de afetividade e de afinidade ao longo da construção da sua trajetória mesmo após o comprometimento psíquico que permitiu a excepcionalidade do recurso à curatela. Cabe ao curador na busca pelo resgate da autonomia do curatelado preservar o seu convívio familiar de forma ampla de modo a permitir o desenvolvimento da personalidade e respeitar sua autonomia existencial afirmada ao longo da vida.

Não é incomum que em razão de disputas entre familiares, por motivos econômicos ou puramente egoístas, a pessoa submetida à curatela acabe afastada de seus parentes com vínculos mais íntimos e duradouros ao longo da construção da subjetividade. Não raro, inclusive, observam-se interferências indevidas em liames mais próximos da relação de parentesco como filhos, netos, irmãos e até mesmo cônjuges ou companheiros visando obter algum proveito econômico ou mesmo influenciá-lo na formulação de testamento ou disposição de bens em vida, mediante captação dolosa da vontade, bem como por razões individualistas e em benefício próprio. Diante de tal cenário, constata-se que a vulnerabilidade de determinadas pessoas no ambiente familiar propicia a sua manipulação por terceiros,

---

12 ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.195-229.

13 ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.229-258.

14 Neste sentido, foi aprovado o Enunciado nº 637 do Centro da Justiça Federal que: "Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade".

eclipsando a real vontade do vulnerável de modo a prejudicar suas escolhas no seio familiar.

Indiscutível, portanto, que não são apenas crianças e adolescentes que sofrem interferência em sua formação para repudiar ou prejudicar o vínculo com um dos genitores por meio de práticas induzidas ou promovidas. Tais ações que visam a manipulação do indivíduo em formação também alcançam outros sujeitos vulneráveis, eis que fragilizados por razões da idade avançada ou por impedimentos de longo prazo de natureza mental ou intelectual que em interação com as barreiras socialmente impostas impedem a plena e equitativa participação em igualdade de condições com as demais pessoas, de que são bons exemplos as pessoas idosas e com deficiência.

A rigor, o induzimento ou promoção de atos que importem no repúdio ou efetivo prejuízo à convivência com algum parente próximo por parte de quem deveria cuidar e promover o melhor interesse do vulnerável configura verdadeira violência psicológica e violação de direitos fundamentais, como a convivência familiar e a integridade psicofísica. Impedir ou criar obstáculos ao desfrute de elos de afetividade familiar por interesses escusos ou egoístas reforçam a vulnerabilidade do sujeito que deveria ser protegido e amputa ainda mais sua autonomia em terreno tão íntimo em que se enquadra o campo familiar. Ademais, demonstra a violação do dever de cuidado que é imputado a quem juridicamente é responsável pelo familiar vulnerável. Em especial, para fins dos objetivos traçados para o presente trabalho, cabe investigar o papel do curador nos atos de alienação familiar da pessoa com deficiência intelectual ou mental, idosa ou não, submetida à curatela.

Cioso da prática de violência intrafamiliar, o legislador constituinte determinou, em seu art. 226, § 8º, que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. A rigor, a chamada violência intrafamiliar comporta diversas formas de abuso que acontecem entre os membros de uma família, o que denota as relações de poder e de assimetria no interior dos agrupamentos familiares e prejudicam e inferiorizam, sobretudo, os familiares vulneráveis. Nesse contexto, a violência pode ser física, psicológica, sexual e mesmo em forma de negligência e de abandono e geralmente decorre de relações de subordinação e dominação em razão dos laços familiares pautados, entre outros, em temor reverencial, cuidado e dependência econômica. A violência intrafamiliar, portanto, “é um fenômeno complexo que desconhece qualquer fronteira de classe social, cultura e nível de desenvolvimento econômico, e pode ocorrer tanto no domínio íntimo do lar como no domínio público e em qualquer etapa da vida” e que pode decorrer, entre outros, de dificuldades “financeiras, desemprego, problemas com a justiça, abuso de álcool e drogas”.<sup>15</sup>

Na linha da diretriz constitucional estampada no art. 226, § 8º, impõe-se que os atos de alienação no âmbito da família não sejam limitados somente às crianças e adolescentes, mas igualmente alcancem outras pessoas vulneráveis no interior dos agrupamentos familiares, uma vez que a família é a base da sociedade e merece especial proteção e todas as formas de violência intrafamiliar devem ser combatidas. Destaca-se, nesse sentido, a promulgação da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Lei Maior, e a promulgação da Lei n. 13.104, 09 de março de 2015, conhecida como Lei do Feminicídio, que alterou o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, que envolve violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º, VI, § 2º, I), e o incluiu no rol dos crimes hediondos

---

15 PADOVANI, Ricardo da Costa; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Histórico de Violência Intrafamiliar em Pacientes Psiquiátricos. In: *Psicologia Ciência e Profissão*, ano 28, v. 3, set., 2008, pp. 520-535, p. 522.

(art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90). Tais diplomas evidenciam a recente preocupação do legislador em combater a violência doméstica e familiar contra a mulher em razão da vulnerabilidade de gênero.

O Estatuto do Idoso, preocupado com a vulnerabilidade social da pessoa idosa, assegura, em seu art. 4º, que nenhum idoso será vítima de qualquer tipo de violência e determina que os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idoso serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados (art. 19)<sup>16</sup>. Por sua vez, o EPD protege a pessoa com deficiência contra toda forma de violência, nos termos do art. 5º, e considera especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência (par. único). Na mesma linha do Estatuto do Idoso, o EPD estabelece que os casos de suspeita ou de confirmação de violência praticada contra a pessoa com deficiência serão objeto de notificação compulsória pelos serviços públicos e privados à autoridade policial e ao Ministério Público, além dos Conselhos dos Direitos da pessoa com Deficiência (art. 26)<sup>17</sup>. Inegável, portanto, que o ordenamento brasileiro já dispõe de arsenal razoável para combater todas as formas de violência intrafamiliar contra as pessoas vulneráveis, em que pese os desafios da efetividade dos marcos legais mencionados.

O direito das famílias contemporâneo vive momento pendular ao transitar por dois valores constitucionais de igual patamar hierárquico. Se, por um lado, deve-se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais que propiciem o desenvolvimento pleno da personalidade de cada pessoa integrante da família, por outro, a tutela das vulnerabilidades é imprescindível a fim de que as relações familiares se desenvolvam em ambiente de igualdade de direitos e deveres<sup>18</sup>, harmônico e de proteção contra qualquer forma de violência. O princípio da dignidade e da solidariedade familiar amparam o dever de cuidado como necessário para a tutela das vulnerabilidades no cenário democrático das famílias, em que se torna legítima a interferência do Estado para coibir os abusos e as violências no interior dos arranjos familiares.

No cenário de maior liberdade na constituição e desconstituição familiar, impulsionada por meio da Emenda Constitucional n. 66/2010, e de proteção das vulnerabilidades no contexto familiar, em especial de crianças e adolescentes, assentada na proteção constitucional integral e prioritária que lhes é assegurada (art. 227), que é promulgada a Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, conhecida como lei da alienação parental. A confusão entre conjugalidade e parentalidade sempre foi comum e em diversas situações os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo levados a odiar e rejeitar quem decidiu pôr fim à relação conjugal. Observa-se que com “a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimentos de orfandade psicológica. Este é um terreno fértil para plantar a ideia de abandonada pelo genitor”<sup>19</sup>. A rigor, tal prática sempre existiu, mas somente recebeu atenção mais recentemente. Nos anos oitenta do século passado, a alienação parental foi inicialmente definida como síndrome por força da construção teórica do psiquiatra americano Richard Gardner<sup>20</sup>. Posteriormente, despertou

16 A Lei n. 12.461/2011 incluiu o § 1º ao art. 19 e definiu que, para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.

17 O parágrafo único do art. 26 do EPD define que, “para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra a pessoa com deficiência qualquer ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que lhe cause morte ou dano ou sofrimento físico ou psicológico”.

18 TEPEDINO, Gustavo. O conceito de família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. In: *Tribuna do Advogado*, ano LXV, n. 555, fev., 2016. Disponível em: <https://www.oabrg.org.br/tribuna/ordem-age-garantir-tributacao-menor-advogados/conceito-fam-ilia-entre-autonomia-existencial>. Acesso em 28 maio 2020.

19 DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

20 “A primeira definição da Síndrome da Alienação Parental – SAP foi apresentada em 1985, por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América, a partir da sua experiência como perito judicial. A síndrome geralmente tem seu início a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação em geral tendem a despertar sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia – quando surge o medo de não ter mais valor para o outro”. (MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 41).

interesse da área da Psicologia e do Direito.

Inegavelmente, a alienação parental é um fenômeno jurídico contemporâneo potencializado em razão do aumento de separações e divórcios em que há alto grau de litigiosidade<sup>21</sup>. Doutrina autorizada sustenta, com base na doutrina da proteção integral que molda o conjunto de direitos e deveres enfeixados pela autoridade parental, que “seria perfeitamente factível a identificação e a sanção de práticas alienadoras”, independentemente de lei específica. No entanto, em um país de forte matriz positivista, a edição da Lei de Alienação Parental tem importante função pedagógica e fornece segurança jurídica, na medida em que tipifica condutas antijurídicas com as consequentes sanções correlatas<sup>22</sup>. Mesmo assim, há que se frisar que o ordenamento jurídico pátrio já tinha instrumentos jurídicos disponíveis para combater a alienação parental.<sup>23</sup>

A Lei n. 12.318/2010 prevê, exemplificativamente, os atos alienadores<sup>24</sup> e suas sanções, bem como alguns trâmites processuais especiais. Nos termos do art. 2º, “considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. Com efeito, a prática da alienação parental se configura a partir de diversas atitudes que visam o afastamento da criança ou do adolescente do outro genitor, por meio de manipulação, implantação de falsas memórias, criação de dificuldades de convivência familiar, entre outros, mas que objetivem que o filho repudie o genitor alienado.

A rigor, aponta a doutrina que a alienação parental configura, nos termos do art. 187 do Código Civil<sup>25</sup>, abuso do direito e que não há óbices à sua aplicação no campo das situações

---

21 “A Síndrome de Alienação Parental é um acontecimento frequente na sociedade atual, que se caracteriza por um elevado número de separações e divórcios. [...] A situação que desencadeia a Síndrome de Alienação Parental está relacionada com a separação e o divórcio, mas traços de comportamento alienante podem ser identificados no cônjuge alienador durante os anos tranquilos da vida conjugal. Essa predisposição, entretanto, é posta em marcha a partir do fator separação (gatilho ou fato desencadeante). Não resta dúvida que a Síndrome de Alienação Parental é uma forma de maltrato ou abuso, para a qual os operadores do direito devem estar atentos”. TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.22.

22 O art. 6º da Lei 12.318 traz, uma vez constatada a prática de alienação parental, medidas processuais que podem ser distinguidas em medidas de proteção às crianças e aos adolescentes e medidas punitivas ao genitor alienante: “Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental”

23 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civiltistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 4-5. Disponível em: <<http://civiltistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020.

24 “Art. 2º. [...] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”.

25 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

jurídicas existenciais<sup>26</sup>. Nessa linha, “o abuso do direito, ligado à prática de alienação parental, viola diretamente o princípio do melhor interesse da criança – independente dos danos causados ao genitor alienado, pois o que se busca [...], na esteira do art. 227 da Constituição Federal, é a tutela diferenciada da população infanto-juvenil”.<sup>27</sup>

Desse modo, os atos de alienação parental consistem em exercício abusivo da autoridade parental (art. 1.637, CC), a qual se revela, a partir da sua compreensão atual, como situação jurídica complexa, que enfeixa uma série de direitos, deveres e poderes conferidos aos pais para a criação, educação e assistência de seus filhos menores (art. 229, CF)<sup>28</sup>. Tais práticas calcadas em condutas alienadoras por parte do genitor alienante “impedem o estabelecimento ou a manutenção de laços sadios de afeto entre o filho menor e o genitor alienado, violando, por consequência, o direito fundamental à convivência familiar entre eles”<sup>29</sup>. O abuso da autoridade parental se verifica na medida em que o genitor alienante ao exceder os limites impostos pela ordem jurídica “compromete o exercício da autoridade parental pelo genitor alienado, invadindo um espaço de liberdade que não lhe é conferido, causando inevitáveis danos aos filhos, que crescem sem a referência biparental, mesmo tendo ambos os pais vivos e dispostos a cumprir os deveres oriundos do poder familiar”.<sup>30</sup>

Inicialmente pensada para relações paterno-filiais, a alienação no âmbito das relações familiares também pode alcançar outros sujeitos vulneráveis. Assim, como visto, pessoas idosas e com deficiência vulneráveis também podem ser manipuladas por terceiros, familiares ou não, atuando em prol da sua vontade e em prejuízo do melhor interesse dos vulneráveis e do direito constitucional à convivência familiar. Desse modo, mesmo diante do silêncio da Lei n. 12.318/2010 e da ausência de previsão expressa no Estatuto do Idoso e no EPD, nada obsta que uma interpretação assentada no melhor interesse dos vulneráveis e no combate à violência intrafamiliar permita que, de forma análoga, a prática de alienação seja aplicada de forma extensiva, desde que respeitadas às intrínsecas vulnerabilidades. Uma vez identificada que a alienação protege a integridade psicofísica do sujeito vulnerável alienado como forma de garantir o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, a aplicação por extensão da lei da alienação parental aos demais familiares vulneráveis parece não encontrar óbice. Pelo contrário, é medida que se justifica pela atual compreensão de uma das vocações da família constituir na tutela das vulnerabilidades e do mandamento constitucional de obrigação do Estado de coibir a violência familiar.

Por isso, ainda que não conste expressamente o termo “alienação” no Estatuto do Idoso, nada impede que de forma análoga, como já dito, tal prática seja enquadrada nas situações de risco elencadas no art. 43 e a interpretação de violência contra o idoso se ampare nos termos do § 1º do art. 19, o qual considera qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico, o que demonstra que

26 Cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 6. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020; SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 50, Rio de Janeiro: Padma, abril/jun., 2012, p. 84-91.

27 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 7. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020.

28 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 97.

29 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 9. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020.

30 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 9. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020.



tais atos não se restringem aos maus-tratos e ao abandono<sup>31</sup>. O próprio texto constitucional reconhece a vulnerabilidade geracional no início e no fim da vida ao estabelecer no art. 229 que os “pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Tal prática tem sido denominada de *alienação parental inversa* e decorre da violação do direito da pessoa idosa ao convívio familiar (art. 10, § 1º, V, do Estatuto do Idoso), além de ofender a sua integridade psicofísica e configurar constrangimento ou violência psicológica, como já afirmado.<sup>32</sup>

Igualmente não consta nenhuma menção ao termo “alienação” no EPD, o que não impede o mesmo raciocínio de aplicação por extensão da lei da alienação parental aos casos de pessoas com deficiência, estejam ou não submetidas à curatela, eis que o fundamento reside na vulnerabilidade e não na restrição judicial da capacidade. Como já realçado, o EPD foi pródigo ao afirmar o direito à família e à convivência familiar da pessoa com deficiência (art. 6º, V, e art. 8º) e a protege contra todas as formas de violência ao compreendê-la, para fins de aplicação da lei, como “qualquer ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que lhe cause morte ou dano ou sofrimento físico ou psicológico”. Uma interpretação sistemática do EPD, à luz da CDPD, permite afirmar que o combate à alienação de pessoas com deficiência decorre do amplo reconhecimento do direito à convivência familiar e da proteção contra qualquer forma de violência. Nesse quadrante, EPD e Estatuto do Idoso comungam dos mesmos valores e perseguem o mesmo escopo protetivo, além de, em diversas situações, atuarem conjuntamente, eis que o âmbito de incidência coincide nos casos de pessoas idosas com deficiência. Uma aplicação coordenada e conjunta só reforçam a extensão em forma análoga da alienação parental para os demais sujeitos vulneráveis no espaço familiar.

O EPD reconhece a plena capacidade dessas pessoas, nos termos do art. 6º, mas nada impede que em alguns casos a vulnerabilidade seja acentuada a ponto de permitir a configuração da prática da alienação, mormente nos casos em que apresenta uma capacidade restringida ou comprometida a exigir a curatela como mecanismo de suporte e apoio. Nem sempre a decretação da curatela combate a alienação. Por vezes, a instituição de curatela para um dos filhos, por exemplo, reforça tal prática. Por isso, a curatela compartilhada prevista no art. 1.775-A do Código Civil pode ser um instrumento útil de combate a alienação de pessoas curateladas. Além disso, mesmo quando não comportar a curatela compartilhada por não atender ao melhor interesse do curatelado, é de se cogitar em medidas para assegurar a convivência familiar, inclusive por meio eventualmente do regime de visitação que pode ser fixado para o filho que não é o curador.

Insista-se, portanto, que nem sempre a decretação da curatela é uma medida de combate ao fenômeno da alienação, uma vez que em muitos casos o próprio curador é o responsável pelos atos de alienação e, por conseguinte, provoca o afastamento do curatelado alienado da sua rede familiar. Embora a curatela se restrinja aos atos de patrimoniais e negociais, nos termos do art. 85 do EPD, o papel do curador alcança a

31 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civilística.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013, p. 9. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020.

32 Conforme defende Cláudia Gay Barbedo: “[...] o idoso, a criança e o adolescente estão no mesmo polo de fragilidade. O idoso, em razão da idade, que traz dificuldades inerentes, pode facilmente estar na condição de vítima. A criança e o adolescente, na condição de seres humanos em desenvolvimento, são pessoas fáceis de serem enganadas. Diante disso, justifica-se a possibilidade de extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso”. (BARBEDO, Cláudia Gay. A possibilidade de extensão da Lei de Alienação Parental ao idoso. In: COELHO, Ivone M Candido (coord.). *Família contemporânea: Uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: IBDFAM e Letra & Vida, 2011, p.148); MITRE, Jaqueline Leite da Silva. Alienação parental de idoso por analogia à alienação parental da criança e do adolescente. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/310635/alienacao-parental-de-idoso-por-analogia-a-alienacao-parental-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em 29 maio 2020.

função de resgate da autonomia do curatelado (art. 758, CPC) e lhe é imputado o dever de cuidado, na medida em que tal encargo enfeixa poderes e deveres funcionalizados ao melhor interesse da pessoa relativamente incapaz. Uma vez caracterizada a prática de atos de alienação por parte do curador alienante nada impede a substituição do curador alienante por outro que atenda aos interesses do curatelado (art. 755, § 1º, do CPC), além de outras medidas previstas na Lei n. 12.318/2010 de caráter punitivo ao alienador como a estipulação de multa e o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, bem como eventual responsabilização civil.<sup>33</sup>

Pessoas com deficiência, idosas ou não, portanto, também podem ser, em determinadas situações, facilmente manipuladas por terceiros, como, por exemplo, enfermeiros, cuidadores ou pessoas que detenham certa autoridade em função do cuidado e da dependência que tais relações geram. Como se constata, os alienadores no caso de pessoas idosas ou/e com deficiência podem não se restringir aos parentes, cônjuges e companheiros. Nos casos em que a pessoa com deficiência estiver em situação de risco, suscetível à alienação, mas não for caso de curatela, o parágrafo único do art. 10 do EPD o considera vulnerável, devendo o Poder Público adotar medidas para sua proteção e segurança. O Ministério Público e a Defensoria Pública, na função de *custos vulnerabilis*, tem o dever de atuar em prol das pessoas com deficiência vulneráveis de modo a evitar qualquer forma de violência, inclusive a psicológica em forma de alienação familiar.

Como se vê, os dilemas são delicados e de difícil solução, mas o enfrentamento é de todo necessário para uma tutela das famílias condizente com a pluralidade e com a redução das desigualdades no interior dos agrupamentos familiares. Em leitura sistemática, portanto, cabe ao curador promover os laços afetivo-familiares da pessoa com deficiência, permitindo o exercício mais amplo do seu direito à família, salvo de toda sorte de discriminações, de modo a assegurar o seu direito à convivência familiar com todos os parentes quando possível e em benefício da pessoa com deficiência, submetida ou não à curatela. A curatela não exige o afastamento da pessoa com deficiência do ambiente familiar ou dos parentes mais próximos ou pessoas com vínculo de afinidade e de afetividade, mas reforça sua necessidade de amparo afetivo para o resgate da sua dignidade. Nessa linha, refletir sobre as formas de alienação de sujeitos vulneráveis, como as pessoas idosas e as pessoas com deficiência, permite a proteção da integridade psicofísica e o direito à convivência familiar, ambos de índole constitucional, em favor do cuidado que deve permear as interações familiares hodiernas.

---

33 Em interessante julgado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu pela condenação à título de danos morais por atos análogos à alienação parental em razão do estado de vulnerabilidade e doença da genitora, eis que uma das irmãs afastou a outra do convívio com mãe sem autorização judicial: “Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Relação familiar dissidente das partes, irmãs entre si, em relação à genitora. Elementos análogos à alienação parental em razão do estado de vulnerabilidade e doença da genitora. Ponderação dos deveres, direitos e pressupostos das relações familiares. Utilização arbitrária de abusos análogos a medidas restritivas, sem amparo em decisão judicial. Responsabilidade civil. Pressupostos configurados. Dano moral reconhecido. Recurso desprovido. Incontroverso entre as partes, apenas que a genitora sofria de uma série de problemas de saúde, incluindo a degenerativa doença de Alzheimer. Diante do contexto, é de certa forma compreensível a distorção de percepções entre as partes sobre as vontades da genitora. É que a doença, específica, debilita o enfermo de tal forma que, sabidamente, é comum que este seja facilmente sugestível ou convencido. Disto, é de se mitigar as acusações mútuas, de que as partes, cada uma, considera-se a legítima defensora dos reais interesses da genitora. Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso. Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arrepio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares. O ato de privar a irmã do contato com a genitora, sponte sua, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável”. (TJSC, Ap. Cível n. 0006690-70.2012.8.24.0005, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Domingos Paludo, julg. 25 ago. 2016).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à família e à convivência familiar constituem importantes instrumentos de emancipação da pessoa com deficiência, submetida ou não à curatela, os quais permitem que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ancorado na cláusula geral de proteção da dignidade humana, seja concretizado em ambiente adequado às aspirações individuais de boa vida familiar. A solidariedade amalgamada no contexto familiar propicia, em parte, o amparo e o cuidado necessários para a superação das barreiras socialmente impostas e das vulnerabilidades cotidianamente vivenciadas. A negação ao *status* familiar e aos elos afetivos afronta diretamente a natureza humana e não encontra respaldo na legalidade constitucional.

A vulnerabilidade, portanto, é comum a espécie humana, mas fere e viola somente a dignidade de alguns, que somente será respeitada no cuidado com o outro vulnerado a partir do seu reconhecimento como agente de igual competência e valor, bem como com a promoção de sua autonomia para atuar na vida social e familiar de forma independente e empoderada<sup>34</sup>. Fundamental, portanto, compreender a vulnerabilidade da pessoa com deficiência no contexto familiar para protegê-la sem aniquilar sua autonomia para decidir sobre os rumos da sua vida, especialmente no que tange aos vínculos familiares.

Uma leitura sistemática do Estatuto do idoso e do EPD à luz da legalidade constitucional impõe que as práticas de alienação de pessoas vulneráveis idosas e/ou com deficiência sejam arduamente combatidas, eis que o direito à convivência familiar, a proteção à integridade psicofísica e a coibição de qualquer forma de violência, sobretudo quando em situação de risco, permite uma aplicação extensiva, no que couber, da lei de alienação parental (Lei n. 12.318/2010).

A prática de atos alienadores em desfavor de pessoas vulneráveis no contexto familiar independe da sujeição à curatela, mesmo porque em diversas situações se percebe que tal instituto é desvirtuado e serve como mecanismo para induzimento e promoção do afastamento da pessoa curatelada do convívio com os demais parentes próximos. Por isso, a curatela compartilhada surge como relevante mecanismo de combate às práticas de alienação entre parentes em proveito da condição de vulnerabilidade de sujeitos com autonomia reduzida ou vontade menosprezada dentro do contexto familiar. A defesa por uma aplicação extensiva das ferramentas de proteção contra práticas alienadoras encontra fundamento legal, como visto, bem como decorre da primordial necessidade de uma democratização das famílias e da redução das assimetrias de poder no espaço, por excelência, de desenvolvimento da autonomia existencial.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência a Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

---

34 BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? – uma discussão conceitual. In: *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan./abr., 2012, p. 173-174.

ALMEIDA, Vitor; YOUNG, Beatriz Capanema. A pessoa com deficiência como curador: entre o direito a exercer a curatela e o melhor interesse do curatelado. No prelo.

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? – uma discussão conceitual. In: *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, nº 1, p. 173-187, jan./abr., 2012, p. 173-174.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coords.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Bochado; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte, MG: Fórum, pp. 37-50, 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 13, p. 17-37, jul./set., 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: Editora GZ, pp. 229-242, 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina.. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação parental: um crime sem punição*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 3. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 50, Rio de Janeiro: Padma, abril/jun., 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. In: *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, jan./mar., 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em 28 maio de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. O conceito de família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. In: *Tribuna do Advogado*, ano LXV, n. 555, fev., 2016. Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/tribuna/ordem-age-garantir-tributacao-menor-advogados/conceito-fam-ilia-entre-autonomia-existencial>. Acesso em 28 maio 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. In: *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 24, pp. 1-13, 2019.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

---

**Recebido em:** 08/07/2020

**Aprovado em:** 26/10/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

ALMEIDA, Vitor. Reflexões sobre alienação familiar da pessoa com deficiência. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.108-127, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO NOS 30 ANOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: REFLEXÕES À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E PORTUGUESA

## ELECTRONIC CONSUMER CONTRACTS IN 30 YEARS OF THE CONSUMER DEFENSE CODE: SOME THOUGHTS IN LIGHT OF THE BRAZILIAN AND PORTUGUESE EXPERIENCES

Felipe Teixeira Neto<sup>1</sup>  
José Luiz de Moura Faleiros Júnior<sup>2</sup>

**RESUMO:** Após três décadas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em virtude da ascensão da Internet, se mostra imprescindível o aprimoramento da regulação dos contratos eletrônicos de consumo. Nesse contexto, a inegável tendência à virtualização ressaltou ainda mais esta necessidade, pois, se as compras formalizadas via Internet já eram uma tendência que não se poderia ignorar, agora, passaram a ser uma necessidade premente, seja em razão da instantaneidade propiciada por aplicativos, seja pela comodidade de se contratar virtualmente. Por esta razão, é preciso avançar, adaptando o direito do consumidor a este novo modo de comércio, e esta adaptação passa, na hipótese desta pesquisa, pelo reforço dos deveres de informação. O método escolhido para a realização do trabalho é o dedutivo, com base em pesquisa exploratória comparada e revisão bibliográfico-doutrinária.

**Palavras-chaves:** contratos eletrônicos de consumo; internet; virtualização; 30 anos do código de defesa do consumidor.

**ABSTRACT:** After three decades of the Brazilian Consumer Protection Code, due to the Internet's rise, it has become essential to improve the regulation of electronic consumer contracts. In such context, the undeniable virtualization trend showcased how much this has become vital, not only due to app-mediated contracts being almost instantaneous, but also because of how comfortable e-commerce is. For this reason, it is indispensable to move forward, adapting the consumer's right to this new way of trading, and this adaptation requires, according to the hypothesis of this research, the reinforcement of information duties. The method chosen for carrying out the work is the deductive one, based on comparative exploratory research and doctrinal bibliographic review.

**Keywords:** consumer electronic contracts; internet; virtualization; 30 years of the consumer protection code.

---

1 Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli Studi di Salerno* (Itália). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de Lisboa (Portugal). Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS). Conselheiro titular do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Rio Grande do Sul (CEDECON/RS). Associado-fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC).

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance*. Membro do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0192-2336>.

## 1 INTRODUÇÃO

A comissão de juristas constituída no âmbito do Senado Federal para os trabalhos de revisão do Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando do elenco das suas prioridades, soube bem relevar que, passados trinta anos de salutar experiência no reequilíbrio jurídico das relações advindas de uma sociedade de consumo marcada pela presença da Internet, afigurava-se imprescindível o aprimoramento de três áreas, sendo uma delas, justamente, a regulação dos contratos eletrônicos.

Dita necessidade foi ainda mais realçada em razão dos acontecimentos vivenciados no curso das duas primeiras décadas do século XXI – em que a ascensão da Internet revelou-se fenômeno acelerado e irrefreável –, pois, se as compras formalizadas em ambiente virtual já eram uma tendência que não se poderia ignorar, agora, passaram a apresentar vantagens e comodidades inegáveis.

Não há dúvidas de que os acontecimentos vivenciados em uma nova realidade representam, em última análise, o recrudescimento de um fenômeno há muito em curso. Isso em razão da inarredável evidência de que a realidade jurídico-social que envolve a sociedade da informação e, especificamente, o comércio eletrônico, impõe um repensamento das soluções até então encontradas em matéria de proteção do consumidor.

As novas formas de comunicação, ao passo em que permitem e simplificam contratações de forma nunca antes imaginada, porquanto viabilizam o contato entre fornecedores e consumidores de todo o mundo, de forma livre e instantânea, também aumentam, sobremaneira, os riscos dessas contratações em decorrência de um contato distante<sup>3</sup>, impessoal, massificado<sup>4</sup>, desprovido do “olho no olho”, da liberdade de perquirir fácil e diretamente eventuais dúvidas sobre o vínculo negocial que está a se estabelecer.

Tudo isso conduz a um aumento ainda mais acentuado do desequilíbrio entre as partes, pois “a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam”<sup>5</sup>. Por esta razão, como destaca Cláudia Lima Marques<sup>6</sup>, é preciso dar um “passo adiante” na efetiva proteção do hipossuficiente, adaptando o direito do consumidor a este novo modo de comércio. E esta adaptação passa, sem dúvida, pelo reforço dos deveres de informação.

Forte nessa premissa, o presente trabalho buscará demonstrar a hipótese de pesquisa a partir do método dedutivo, lastreando-se em pesquisa exploratória comparada e revisão bibliográfico-doutrinária. Ao final, uma conclusão será extraída.

3 Conforme destacado por Claudia Lima Marques, no que toca ao comércio eletrônico “a distância física pode causar insegurança quanto às informações, a qualidade e as garantias para esse contrato”. (MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 4, out. 2000, p. 70).

4 Erik Jayme refere como características dessa realidade social pós-moderna a ubiquidade, a velocidade e a liberdade, o que vem permitido, *v.g.*, pelas formas de contratação eletrônica. Para aprofundamento sobre o tem, ver JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2002, p. 87.

5 JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2002, p.86.

6 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

## 2 DEVERES DE INFORMAÇÃO E A BUSCA DA TUTELA DA CONFIANÇA

A proteção da confiança é, de longa data, preocupação viva no Direito. Conforme ensina António Menezes Cordeiro<sup>6</sup>, o seu maior ou menor grau de eficiência dependerá, justamente, da realidade socioeconômica verificada no caso concreto: quando se pretende privilegiar um sistema de manutenção estática dos bens, a confiança adquire menor relevo, ao passo em que, constatada uma preponderância à sua livre circulação, a confiança é mais intensamente protegida<sup>7</sup>.

Diante da realidade ora em exame, marcada sobremaneira pela dinamicidade da circulação da riqueza, é imperioso que se incrementem os níveis de tutela da confiança, privilegiando a satisfação dos interesses e expectativas globalmente envolvidos nas relações jurídicas negociais.

No comércio eletrônico, especialmente quando verificada a presença, em um dos polos da relação jurídica negocial, de uma figura que se enquadre no conceito jurídico de consumidor<sup>8</sup>, sujeito hipossuficiente, presente estará o desequilíbrio do vínculo contratual, que necessita ser recomposto pelo direito. Nessas hipóteses, a confiança deve ser privilegiada<sup>9</sup>.

É inerente ao contato negocial a busca, por ambas as partes, do favorecimento dos seus interesses, o que, conforme destaca parte da doutrina, “sempre implica em propostas e actos que desfavoreçam a contraparte, pois não haverá vantagem a mais para uma delas se não houver desvantagem para a outra”<sup>10</sup>. Dita realidade agrava-se ainda mais em um meio em que o lucro intenso é o mote principal, sendo os meios agressivos de contato negocial a forma de atingir esse objetivo<sup>11</sup>. Essa é a experiência vivenciada no comércio de consumo atual e, nomeadamente, no comércio eletrônico, no qual a distância permite a construção de uma realidade acerca do produto ou serviço postos à disposição do mercado e da seriedade do fornecedor – nem sempre existentes – sem que isso acarrete qualquer maior compromisso

6 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, p. 410.

7 Ainda segundo CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, p.414-415, a confiança é considerada um elemento imprescindível na manutenção do grupo social, guardando estreita relação com a vulnerabilidade, pois, “[e]m termos interpessoais, a confiança instalada coloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável”. Exatamente por isso é que, com relevo no direito do consumo, dada a especial característica das partes envolvidas, “a confiança representa a base explicativa para a concretização da responsabilidade”, quanto mais quando a ausência de contato físico entre os contratantes, possibilitada pelas novas técnicas de comunicação de massa, permite a formação de um ambiente propício a ludibriar-se estas justas expectativas despertadas, o que exige, assim, pronta resposta do direito. Sobre a proteção da confiança, no direito brasileiro ver MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n.153, jan./mar. 2002, pp. 137 e ss.

8 AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19. E o autor esclarece que, “sendo o consumo parte essencial do cotidiano do ser humano e o consumidor o sujeito em que se encerra todo o ciclo econômico, não poderia tal matéria restar esquecida pelos profissionais do direito, homens públicos e cientistas”.

9 A este respeito, Paulo Mota Pinto, alicerçado na doutrina de Holger Fleischer, destaca a necessidade premente da proteção da confiança, “seja esta uma *confiança individual*, que [rectius, de] cada consumidor, seja antes uma *confiança coletiva*’ num mercado de comércio à distância que funcione bem”. Isso traria ao fornecedor “além de um dever de *verdade*, também deveres ‘positivos’, de ação, no sentido da *informação* e do *esclarecimento*” (grifos do original). Cf. PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 5, 2003, p. 188.

10 BRITO, Igor Rodrigues. Dever de informação nos contratos à distância e ao domicílio. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 7, 2005, p. 495.

11 Nesse contexto, nota-se a especial relevância das legislações de consumo, em especial do CDC brasileiro, inspirado na Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985, que é fruto das discussões do Conselho Social Econômico da Assembleia Geral das Nações Unidas. A propósito, “[e]ste último édito internacional da *vulnerabilidade* como característica *ôntica* do consumidor (desequilíbrio econômico, jogo de força depauperado, necessidade de consumo equitativo e sustentável) foi adotado globalmente. Para tanto, teve o mérito de traçar, entre outras, as seguintes diretrizes aos países signatários: *i*) proteção aos consumidores frente aos riscos e prejuízos à saúde e segurança; *ii*) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; *iii*) acesso a informação adequada para escolha; *iv*) educação para o consumidor; *v*) reparação e compensação do consumidor; *vi*) liberdade de constituição de grupos e organizações para a defesa coletiva. [...] essas diretrizes supranacionais tornar-se-iam os chamados direitos básicos positivados em diversas legislações”. (MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan (Orgs.) *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.)

àquele que propõe, já que as partes contratantes não têm rosto<sup>12-13</sup>.

Tal, como já antes referido, tende a ser sanado por meio do incremento dos deveres de informação<sup>14</sup>, os quais, por isso mesmo, dada a relevância especial que encerram, não poderão ser apenas formais, mas efetivos, trazendo ao consumidor um conteúdo consistente e permitindo-lhe a absorção e reflexão a respeito para, só então, viabilizar a formação da vontade negocial.<sup>15</sup>

Ambas as legislações, portuguesa e brasileira, têm, em seu arcabouço normativo, consagrada a necessidade da tutela da confiança e do respeito aos deveres de informação.

Nesse sentido, já os artigos 227, n.º 1, e 422 dos Códigos Civis de Portugal e do Brasil<sup>16</sup>, respectivamente, que, ao consagrarem típicas cláusulas gerais, estatuem a necessidade de respeito ao princípio da boa-fé quando da celebração dos contratos, o que implica a imposição de uma série de deveres de informação, lealdade e respeito com a outra parte contratante<sup>17</sup>.

Da mesma forma, no âmbito das relações de consumo, os atos normativos de ambas as experiências jurídicas em análise consagram, de forma expressa, a obediência ao princípio da boa-fé e a relevância dos deveres de informação. Assim o fazem os artigos 3º, alínea “d”, e 8º da Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor e os artigos 4º, inciso III, 6º, inciso III, e 31 do Código Brasileiro do Consumidor.

A questão reside em aferir a suficiência desses preceitos para a regulação dos contratos celebrados a distância, no âmbito do comércio eletrônico; em saber se os preceitos de ordem geral contidos nos Códigos Civis e nas leis de proteção do consumidor bastam para garantir um grau de transparência tamanho e que seja capaz de elidir as incertezas advindas da ausência da presença física entre as partes e do meio eletrônico em que se dá a formação do negócio jurídico, permitindo a livre formação da vontade pelo consumidor.

A opção legislativa consagrada no âmbito da União Europeia parece responder de forma negativa a estes questionamentos, tanto que editados atos normativos específicos

12 A expressão pode ser encontrada em MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, mar. 2002, p. 69.

13 Ciente disso é que a União Europeia, ao propor a regulamentação de alguns aspectos do comércio eletrônico, o que o fez por meio da Diretriz 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, fixa como um dos objetivos da atividade harmonizadora do direito dos seus Estados-membros a necessidade de garantia da segurança e da confiança do consumidor, o que se reflete na legislação portuguesa em decorrência da transposição das normas de direito comunitário. Neste sentido aponta o *Considerando* n.º 5 da referida Diretriz, segundo o qual “[a] fim de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é essencial que a presente directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio eletrônico no mercado interno”.

14 Sobre o tema, confira-se: KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019, item 1.3; BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. In: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coords.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017, v. 5, p. 509-512.

15 Para a doutrina portuguesa, considera-se irrelevante o conceito de consumidor para o estudo do direito do consumo, pois o foco de referida investigação reside na relação de consumo em si, e não propriamente na pessoa do consumidor. Sobre isso, confira-se ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, *passim*. O mesmo autor explica, noutro trabalho e sob o ponto de vista econômico, que é imprescindível a análise do conceito jurídico de ‘consumo’, visto, em Portugal, como a função de satisfação das necessidades – núcleo de estudo das ciências econômicas. No campo sociológico, o consumidor ocuparia uma estrutura de mercado dentro da qual lhe são fornecidos bens e serviços por seu valor de troca, e busca-se adquiri-los em harmonia com o ‘valor de uso’ que, socialmente, se lhes atribui. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 204-221.)

16 Segundo o artigo 227, n.º 1, do Código Civil português, “[q]uem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”, o que, de certo modo, repete-se no artigo 422 do congênere brasileiro ao dispor que “[o]s contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

17 Sobre os deveres decorrentes da incidência do princípio da boa-fé na fase pré-contratual e seus efeitos, ver CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, pp.409 e ss. No direito brasileiro, ver MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado com um “Sistema em Construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, n. 753, jul. 1998, pp. 25 e ss.

sobre os temas contratação a distância e comércio eletrônico, conforme já noticiado, os quais reforçam enfaticamente os deveres de informação caso comparados com aqueles presentes nas relações de consumo tradicionais. E o reflexo disto se faz sentir em Portugal<sup>18</sup>.

O Decreto-lei português n.º 24/2014, atualizado pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de transposição da Diretriz 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores<sup>19</sup>, no seu artigo 4º, elenca uma série de deveres especiais de informação a serem adimplidos, destacando a necessidade de que isso seja feito em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato celebrado a distância. Visa, com isso, reforçar a confiança do consumidor na segurança do negócio que está a celebrar, com a possibilidade de manifestação de um consentimento esclarecido e informado.

Para tanto, assim como já o fazia a Lei de Defesa do Consumidor, impõe a obrigação de que sejam informadas as características essenciais do bem ou do serviço, o seu preço, incluindo taxas e impostos, o período de vigência do contrato, em especial quando envolva execução continuada ou periódica, bem como as modalidades de pagamento, entrega e execução<sup>20</sup>. Atento, contudo, à especificidade do contrato celebrado a distância, o ato de transposição impõe novos deveres, tais como o de informar a identidade do fornecedor e o seu respectivo endereço<sup>21</sup>, as despesas com a entrega do bem, caso existam, os custos de utilização da técnica de comunicação a distância e o prazo de validade da oferta ou proposta contratual, além da existência de direito de resolução<sup>22</sup>.

18 Diante da notada ausência de uma cláusula geral de informação nos atos normativos oriundos da transposição das Diretrizes do Parlamento Europeu e do Conselho acerca da matéria, Paulo Mota Pinto apresenta interessante agrupamento dos deveres de informação contemplados nos Decretos-lei n.º 143/2001 e n.º 2/2004 em quatro princípios, a saber: a) essencialidade, relacionado à necessidade de que as informações essenciais à formação do vínculo contratual sejam passadas ao consumidor; b) compreensibilidade, exigindo que a informação seja compreensível e, para tanto, tenha forma adequada ao meio de comunicação utilizado e ao seu receptor; c) acessibilidade, consubstanciado no livre acesso à informação, não só na fase prévia à celebração, mas até mesmo durante a execução do contrato; d) tempestividade, representado pela imperiosidade de que, já quanto da formação da vontade em contratar, o consumidor disponha de todo o conteúdo informativo que lhe seja relevante para tanto. A propósito, PINTO, Paulo Mota. *Princípios relativos...*, cit., p. 195 e ss. Tal afigura-se perfeitamente aplicável ao Decreto-lei n.º 24/2014, que apenas reforçou os deveres de informação que já estavam previstos no artigo 4º do Decreto-lei n.º 143/2001.

19 Dita matéria já havia sido regulada anteriormente pelo Decreto-lei n.º 143/2001, de transposição da Diretriz europeia sobre contratos a distância celebrados com consumidores, já regulava a matéria no seu artigo 4º, nos seguintes termos: “[o] consumidor deve dispor, em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato celebrado a distância, das seguintes informações: a) identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, o respectivo endereço; b) Características essenciais do bem ou do serviço; c) Preço do bem ou do serviço, incluindo taxas e impostos; d) Despesas de entrega, caso existam; e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) Existência do direito de resolução do contrato, excepto nos casos referidos no artigo 7.º; g) Custo de utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) Prazo de validade da oferta ou proposta contratual; i) Duração mínima do contrato, sempre que necessário, em caso de contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica”.

20 Nesta disposição específica, contida na alínea “e”, n.º 1, do artigo 4º do Decreto-lei n.º 143/2001 podem-se subsumir os deveres de informação relativos às garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico expressamente previstas na parte final do artigo 8º, n.º 1, da Lei n.º 24/96. Ademais, válida a leitura dos comentários trazidos por ALMEIDA, Teresa. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997.

21 A alínea “a” do n.º 1 do artigo 4º do Decreto-lei 143/2001 fala na necessidade de informação do endereço do fornecedor apenas nos casos em que o contrato exija pagamento adiantado, sendo mera transcrição do respectivo artigo (mesmos número e alínea) da Diretriz 97/7/CE. Parece apresentar contradição com o disposto no artigo 5º, n.º 3, alínea “b”, do mesmo Decreto-lei, o qual, sem ressalvas, determina seja informado “o endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor no qual o consumidor pode apresentar as suas reclamações”. Talvez, aqui, pudesse ter ido mais além o legislador português ao fazer a transposição, já que o endereço do fornecedor não se mostra importante apenas quando, na celebração do contrato, haja pagamento antecipado, mas em todas hipóteses, porquanto permitirá fortalecer a sua confiança de que, caso necessite, poderá ter um acesso direto mais facilitado ao contratante, notadamente nos casos de exercício do direito de resolução ou de arrependimento, de vício do produto, de necessidade de uso da garantia e, até mesmo, em caso de eventual propositura de demanda judicial. Essa omissão, contudo, parece ter sido sanada quando da transposição da Diretriz 2000/31/CE, relativa ao comércio eletrônico, mesmo que restrita aos serviços afetos à sociedade da informação (menos amplos do que a contratação a distância), em especial quando o Decreto-lei n.º 2/2004, em seu artigo 10, n.º 1, estabelece que “[o]s prestadores de serviço devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições de permitir um acesso fácil e directo, elementos completos de identificação que incluam, notadamente: a) Nome ou denominação social; b) endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço eletrônico, em termos de permitir uma comunicação directa; c) Inscrição do prestador em registos públicos e respectivo número de registo; d) Número de identificação fiscal.”

22 Não obstante o artigo 8º, n.º 4, da Lei n.º 24/96 preveja a existência de um direito de resolução a todo e qualquer contrato de consumo, como sanção pela falta, insuficiência, ilegibilidade ou ambiguidade da informação, não há qualquer referência à necessidade de que este direito seja informado ao consumidor. Por isso é que, em verdade, seria conveniente que o consumidor, sempre, fosse informado de que dispõe desse direito, facilitando, com isso, a sua conscientização e futuro exercício, caso oportuno.



O conteúdo destes deveres de esclarecimento vinha complementado pelo artigo 5º do Decreto-lei n.º 143/2001 (atualmente revogado pelo DL n.º 24/2014), com destaque para seus n.º 1 e 3<sup>23</sup>. Dito dispositivo, além de determinar seja franqueado ao consumidor, no mais tardar no momento da entrega do produto ou serviço, a confirmação, por escrito ou através de outro suporte durável, do conteúdo que lhe fora passado quando da celebração do contrato<sup>24</sup>, acrescenta outros dados relacionados à execução da avença e que devem ser, de igual modo, repassados. Exemplos disso são as informações sobre as condições e modalidades do exercício do direito de resolução ou arrependimento<sup>25</sup>, os serviços de pós-venda e as garantias existentes, as condições para a resolução da avença quando esta tiver duração prolongada (indeterminada ou superior a um ano), bem como o endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor.

Ainda quanto às informações a serem prestadas, não se pode deixar de referir aquelas que fazem com que, em verdade, ambos os atos normativos interliguem-se de forma complementar bastante intensa neste particular, formando um sistema complexo de deveres de informação a serem adimplidos sempre que o vínculo negocial a distância e por computador envolver consumidores.

Especificamente no que toca à contratação eletrônica<sup>26</sup>, em seu artigo 28, o referido diploma estabelece o dever do prestador de serviço em rede – aqui não se emprega a expressão fornecedor, porquanto o diploma não é específico às relações de consumo – franquear aos destinatários, antes da formação do vínculo negocial, informações acerca do processo de celebração do contrato, do seu arquivamento ou não e da forma como o contratante poderá acessá-lo, da língua a ser usada na contratação, dos termos contratuais e das cláusulas gerais, dos códigos de conduta eventualmente subscritos por aquele prestador, bem como dos mecanismos disponíveis para identificação e correção de erros contidos, eventualmente, na ordem de encomenda.

23 O n.º 1 do referido dispositivo estatua que “[e]m sede de execução do contrato o consumidor deve, em tempo útil e, no que diz respeito a bens que não tenham de ser entregues a terceiros, o mais tardar no momento da sua entrega, receber a confirmação por escrito ou através de outro suporte durável à sua disposição das informações referidas no artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a f)”. Já o seu n.º 3 estabelecia que “[p]ara além das informações referidas no artigo 4.º, e sem prejuízo do disposto no n.º 4, devem ser fornecidos ao consumidor: a) Uma informação por escrito sobre as condições e modalidades de exercício do direito de resolução, mesmo nos casos referidos no artigo 7.º, alínea a); b) O endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor no qual o consumidor pode apresentar as suas reclamações; c) As informações relativas ao serviço pós-venda e às garantias comerciais existentes; d) As condições de resolução do contrato quando este tiver duração indeterminada ou superior a um ano”.

24 O n.º 2 do artigo 5º do Decreto-lei n.º 143/2001 [revogado pelo DL n.º 24/2014] trazia uma exceção a esta obrigação de confirmar as informações, representada pela hipótese de “previamente à celebração do contrato, as informações em causa já tiverem sido fornecidas ao consumidor por escrito ou através de outro suporte durável à sua disposição e facilmente utilizável”. Da mesma forma, o n.º 4 do mesmo artigo, salvo a necessidade de se informar o endereço do fornecedor, que será sempre obrigatória, refere que a confirmação em exame será despicienda nos casos de serviços “cuja execução seja efectuada através de uma técnica de comunicação a distância, desde que tais serviços sejam prestados de uma só vez e facturados pelo operador da técnica de comunicação”, isto é, nos casos em que a execução seja única e também por meio de técnica de comunicação à distância, como, v.g., aquelas relacionadas ao fornecimento em linha de músicas, filmes ou programas de computador.

25 Sobre o direito de arrependimento, João Pedro Leite Barros anota que, em Portugal, há grande relevância da investigação sobre o papel do abuso de direito para seu estudo. Reportando-se ao Decreto-lei n.º 7/2004, que transpõe a Diretiva n.º 2000/31/CE, referente ao comércio eletrônico, o autor destaca que os prestadores de serviços devem disponibilizar permanentemente um conjunto de elementos completos de identificação para cumprimento deste que é um dever pré-contratual. Comenta, aliás, que “o artigo 17.º [do Decreto-lei n.º 24/2014, com refinamentos trazidos pela Lei n.º 47/2014, de 28/07] elenca uma extensa lista de exceções ao direito de arrependimento, dentre eles: a) fornecimento de bens que, por natureza, não possam ser reenviados ou sejam suscetíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo; b) fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material; c) bens personalizados; d) bens selados que não possam ser devolvidos quando abertos (ex: conteúdo digital).” No Brasil, por outro lado, embora não haja previsão expressas de exceções na legislação brasileira, “[d]iante da ausência legal de restrições ao exercício do direito de arrependimento no Brasil, seja no Código de Defesa do Consumidor ou em leis esparsas, a figura do abuso do direito disposta no artigo 187.º do Código Civil, torna-se a única via que poderá limitar condutas ilícitas por parte de alguns consumidores.” (BARROS, João Pedro Leite. O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. *Estudos de Direito do Consumidor*, Lisboa, n. 14, 2018, p. 146-149; 178).

26 Como referido inicialmente, é bastante fragmentário o conteúdo da Diretriz 2000/31/CE, transposta à ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-lei n.º 7/2004, com posteriores alterações realizadas pelo Decreto-lei n.º 62/2009 e pela Lei n.º 46/2012, pois, como dito por ela própria, destina-se a regular “certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação”, pelo que regula mais do que e não todo o comércio eletrônico. Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. Bases para uma transposição da Diretriz n.º 00/31, de 8 de junho (comércio eletrônico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XLIV, n. 1, 2003, p. 217.

Como dito, é notória a necessidade de aplicação subsidiária das regras do Decreto-lei n.º 24/2014, porquanto o ato normativo relacionado especificamente ao comércio eletrônico traz apenas aqueles deveres de informação que decorrem da peculiar necessidade do meio eventualmente empregado. Daí porque a grande relevância do esclarecimento sobre o processo de contratação, sobre a forma como será arquivado o contrato, já que, sendo eletrônico, é interessante que o aceitante saiba como poderá a ele ter acesso em momento posterior, sobre os mecanismos para correção de erros, que será de grande utilidade para corrigir eventuais falhas bastante típicas do meio virtual quanto à contratação, além dos termos contratuais, condições gerais e códigos de conduta que estejam envolvidos no negócio jurídico.

Ressalte-se, aqui, que tanto a Diretriz quanto o seu ato de transposição à ordem portuguesa foram bastante cautelosos em estabelecer que estas obrigações de informação são imperativas em matéria de relações de consumo, não podendo ser derogadas por acordo entre as partes<sup>27</sup>.

Outro ponto bastante relevante introduzido na ordem portuguesa em razão da internalização do direito comunitário diz respeito à necessidade de que as informações a serem prestadas pelo fornecedor tenham o seu objetivo comercial sempre inequivocamente explicitado, o que prevalece não apenas em matéria de contratação a distância<sup>28</sup>, mas também quanto ao comércio eletrônico<sup>29</sup>. Visa-se, com isso, facultar ao consumidor a plena consciência, ao iniciar a leitura de informações eventualmente recebidas com fins comerciais, do seu intento e lhe permitir a opção pela continuidade ou não no contato com o referido material.

Da mesma forma, até em respeito ao princípio geral de boa-fé, as informações prestadas pelo fornecedor deverão ser claras e compreensíveis, com vistas a proteger aqueles que, por condições pessoais especiais, tenham reduzida a sua capacidade de exercício de direitos, dentre elas as crianças e adolescentes<sup>30</sup>. Ou seja, de nada adianta cumprir o dever de informação se ele não atende aos objetivos a que se propõe em decorrência da impossibilidade de percepção, pelo consumidor, do seu conteúdo<sup>31</sup>.

Pelo que se pode perceber, a lei portuguesa prevê uma série de deveres informativos<sup>32</sup> para o momento da formação dos contratos de consumo, nomeadamente quando envolvam contratação eletrônica a distância, isso em virtude da necessidade de fortalecimento da confiança nestas relações, que têm vicissitudes próprias decorrentes do meio empregado para o contato entre as partes.

No Brasil, a realidade é bastante diversa, já que inexistente regramento próprio quanto aos serviços afetos à sociedade da informação. Os deveres de esclarecimento incidentes nas relações de consumo do comércio eletrônico deverão, pois, ser regulados pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>33</sup>, não obstante as necessidades especiais de esclarecimento que estas relações envolvam, particularmente na Internet.

31 Atente-se para o fato de que, por vezes, informar muito significa quase o mesmo que não informar. Isso porque se a quantidade de informação é muito grande, não raro dados de somenos importância podem “esconder” outros de maior relevância, inviabilizando a plena absorção do conteúdo pelo consumidor. Note-se, então, que o que interessa à satisfação do dever imposto não é quantidade de informação, mas informação com qualidade.

32 Neste particular, a jurisprudência portuguesa tem asseverado que cabe ao fornecedor providenciar o adequado esclarecimento do consumidor, da forma mais completa possível, não cabendo a este o ônus de tomar ao seu correto esclarecimento. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso de Revista n.º 99B869*. Rel. Cons. Ferreira de Almeida. Julgado em: 18 nov. 1999. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 30 jun. 2020.

33 É importante lembrar que o advento da referida lei propiciou a instituição de verdadeiro microsistema, fruto do fenômeno da ‘descodificação’, que marcou a superação do período em que os grandes códigos, como o *Code Civil* francês, de 1804, e o *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão, de 1900, e vários outros editados ao longo dos séculos XIX e XX, que previam a universalidade de condutas jurígenas, dando ensejo a uma nova era de atomização normativa. Sobre isso, ver IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1986, *passim*. No Brasil, esse mesmo fenômeno é notado até mesmo na distinção terminológica, que deu ensejo à delimitação da nomenclatura ‘Código’ de Defesa do Consumidor, ao invés de simplesmente ‘lei’, como ocorreu em Portugal. (DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos. Perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.35-36)

A despeito dos avanços na disciplina consumerista brasileira<sup>34</sup>, sendo inequívoca a necessidade de atualização da referida norma, o Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas para atualizar o CDC, e sua composição traz nomes consagrados, como Antonio Herman Benjamim (Presidente), Claudia Lima Marques (Relatora Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Em meio aos vários temas contidos na norma, pode-se elencar alguns preponderantes, como os relativos às práticas de crédito, ao superendividamento<sup>35</sup> e a normas instrumentais (PLS nº 283/2012) e ações coletivas (PLS nº 282/2012), além, é claro, do comércio eletrônico (originalmente, o PLS nº 281/2012, e, atualmente, o PL nº 3514/2015, que tramita na Câmara dos Deputados). Para o presente estudo, importa salientar que a justificativa para o último decorre da necessidade de aperfeiçoamento do Código no que guarda pertinência com situações da atualidade e que merecem total atenção para se evitar que esse microsistema perca a força protetiva que lhe é típica, cedendo espaço para práticas abusivas que esvaziem o amparo da lei.

Como mencionado, segundo a Lei n.º 8.078/90, a informação reveste-se de características especiais que indicam tratar-se de direito básico do consumidor, sendo princípio matriz da Política Nacional das Relações de Consumo. Como forma de concretização destas diretrizes é que o artigo 31 do mesmo diploma, assim como o faz a Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor, determina a necessidade de que o consumidor seja informado de forma correta, clara, precisa e ostensiva sobre características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantias, prazos de validade, origem e riscos dos produtos e serviços postos a disposição pelos fornecedores.

Quanto ao regime da contratação a distância, se é que se possa dizer que o Código de Defesa do Consumidor propriamente tem um, o seu artigo 33 limita-se a impor o dever do fornecedor de informar o nome do fabricante e o seu endereço na embalagem do produto ou mensagem publicitária a ele relativa<sup>36</sup>. É notória a inadequação de tal dispositivo legal e a sua insuficiência em matéria de comércio eletrônico<sup>37-38</sup>, pois, além de fazer menção apenas aos casos de venda por telefone ou reembolso postal – deixa de fazer, como seria de esperar, referência ao gênero da contratação, no caso, a distância, limitando-se a mencionar somente duas das suas modalidades –, impõe o dever de informação apenas do nome e do endereço do produtor, como se ele próprio sempre comercializasse de forma direta seus produtos<sup>39</sup>.

Ou seja, pelo que se percebe, há uma significativa carência no que tange aos deveres de informação<sup>40</sup> nos contratos celebrados a distância, cujo caráter essencial decorre

34 MARQUES, Claudia Lima. 25 Years to Celebrate: Horizons Reached by the 1990 Brazilian Consumer Protection Code and Horizons to Come, Especially on the International Protection of Consumers. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Eds.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017, p. 113. Anota: "In a realistic assessment, the CDC is one of the most breakthrough laws in the Brazilian legal system, especially in relation to private law, a dogma breakthrough that changed paradigms, hence its systematic valuation and the strong acceptance of the sources conversation theory by the Supreme Courts. But not all is good; lots of subjects have suffered a "step backwards" in these 25 years. Just as some stages had increased consumer protection, others saw its decrease and thus had less consumer protection."

36 Segundo o artigo 33, "[e]m caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial"

37 MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

38 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.110 e ss

39 Aqui, deveria constar o dever de informação não só do nome e do endereço do produtor, mas também daquele que está comercializando o produto, porquanto, não raro, as atividades de produção e comercialização não são exercidas pela mesma pessoa. Este esclarecimento adquire relevância na medida em que produtor e fornecedor são responsáveis solidários pelos vícios do produto ou serviço, nos termos dos artigos 18 e 19 da Lei n.º 8.078/90.

40 Para Lorenzetti, essa carência se manifesta porque, "[n]o ambiente virtual, além do que já foi dito, floresce uma diferença cognoscitiva sobre o meio empregado. No direito comparado há normas jurídicas que estabelecem um esquema protetivo relacionado com o surgimento de novas tecnologias de marketing agressivo, o que se acentua no caso da Internet, que possibilita a realização de publicidade dentro da residência do consumidor. [...] Pode-se afirmar que a tecnologia aumenta a vulnerabilidade dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar. Concluímos este ponto afirmando a necessidade de um desenvolvimento do princípio protetivo no âmbito da economia da informação e da tecnologia digital [...]" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 364-365.).

exatamente do meio pelo qual esse contrato foi celebrado, em especial acerca da existência do denominado prazo de reflexão para resolução da avença e das garantias do produto ou serviço, apenas para citar os de maior relevância. Não é por outro motivo que o princípio da confiança adquire contornos mais acentuados quando se investiga a transposição dessas relações ao ambiente virtual: “[o]s dias de hoje trazem a ideia da confiança como uma fé no conhecimento de sistemas tecnológicos e especializados, acompanhada da ignorância do leigo acerca de seu funcionamento”<sup>41</sup>.

Sendo o comércio eletrônico um ambiente de inegável reestruturação das relações comerciais<sup>42</sup> – cada vez mais massificadas<sup>43</sup> e permeadas pela assimetria técnica do ciberconsumidor leigo<sup>44</sup> –, uma das grandes inconveniências do regime do Código de Defesa do Consumidor é a ausência de sanção pelo descumprimento dos deveres de informação, mesmo aqueles genericamente previstos no seu artigo 31, fazendo com que toda e qualquer controvérsia a eles relativa deva ser solucionada a posteriori, em eventual demanda ajuizada pelo consumidor em decorrência de outras vicissitudes do negócio<sup>45</sup>.

Este, aliás, é um dos grandes acertos da lei portuguesa<sup>46</sup>, já que, em caso de descumprimento dos deveres de informação relativos à formação do contrato, o prazo para o consumidor resolvê-lo sem qualquer ônus alarga-se de forma significativa, fazendo com que ao fornecedor seja mais conveniente adimplir as obrigações de esclarecimento do que ver o vínculo contratual poder ser livremente resolvido em prazo mais dilatado.

Não obstante isso, são notórios os esforços criativos da doutrina e da jurisprudência brasileiras no sentido de suprir eventual falha legislativa na regulamentação destes contratos pós-modernos, buscando, com base nos princípios dispostos no sistema, a efetiva tutela da confiança do consumidor, o que se faz através da valorização das informações veiculadas, ainda que insuficientes ou defeituosas<sup>47</sup>, e da confiança na

41 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 113.  
42 CARVALHO, Jorge Morais. O direito português dos contratos eletrônicos. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 68-92, 2018, p. 87. Anota: “As regras aplicáveis aos contratos de consumo celebrados através da Internet são muito variadas, destacando-se, numa perspectiva da sua aplicação na prática, os regimes dos contratos celebrados à distância e das cláusulas contratuais gerais. Com efeito, os contratos celebrados através da Internet são sempre contratos celebrados à distância e são formados praticamente sempre na sequência de declaração contratual emitida pelo profissional, que inclui cláusulas que não podem ser negociadas pelo consumidor.

43 CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

44 A expressão é sugerida pela doutrina portuguesa, tendo aparecido nos escritos de Elsa Dias Oliveira, que, em síntese, descreve que aquele “celebra contratos através da Internet [...], [é] correntemente designado por consumidor internauta ou por ciberconsumidor”. (OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 57.) No Brasil, de modo semelhante, a terminologia foi apresentada, com pioneirismo, por Claudia Lima Marques, se reportando aos estudos de Thibault Verbiest. (MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico...*, cit., p. 57.) Ainda, pode-se mencionar o conceito bastante assertivo de Pedro Modenesi, que descreve o ciberconsumidor como “o civil ou leigo que adquire produto ou serviço, pela Internet, de um fornecedor (empresário ou profissional)”. (MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 472.)

45 Em sentido contrário, Claudia Lima Marques sustenta que o Código do Consumidor prevê uma sanção para o descumprimento do dever de informar do fornecedor na medida em que, em seu artigo 18, equipara essa omissão de esclarecimento a vício do produto. Não se pode concordar com essa afirmação, ao menos em parte, já que dizer que a falta de informação equivale a vício do produto não chega a representar uma sanção em si, pois relega o exame da sua ocorrência a momento posterior, apenas no caso de o consumidor vir a interpor uma demanda judicial discutindo inadequações ou desconformidade do produto ou serviço. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 659.)

46 O crédito deve ser atribuído à Diretriz 97/7/CEE, a qual estatuiu esta sanção em seu artigo 6º, n.º 1, parte final, impondo a harmonização do ordenamento interno dos Estados-membros.

47 Mesmo que não relativo a relações de consumo, impende destacar precedente do Superior Tribunal de Justiça que, mesmo à vista de informação equivocada veiculada em sítio na internet de determinado Tribunal brasileiro, restou por privilegiar a confiança depositada nos dados disponibilizados em linha, determinando a reabertura de prazo para renovação do ato judicial perdido pela parte por erro do sistema virtual. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 390561/PR*. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 18 jun. 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.



marca<sup>48</sup>, dentre outros fatores, tudo na tentativa de não frustrar os interesses do sujeito hipossuficiente envolvidos na relação jurídica.

A análise de ambas as experiências confirma a imprescindibilidade do fortalecimento dos deveres de informação na mencionada tutela da confiança, o que se reveste de relevância ainda maior quando esta tende a ser facilmente violada em decorrência das permissividades da contratação eletrônica<sup>49</sup>. Diante disso, tendo em conta a deficiência regulatória sobre o tema, visualizada no Código do Consumidor do Brasil, forçoso constatar que a ordem jurídica portuguesa apresenta-se mais satisfatoriamente equipada a construir um ambiente de confiança no comércio eletrônico com consumidores, à vista dos diversos e específicos deveres de informação impostos, não obstante os inconvenientes da excessiva fragmentariedade do tratamento dos temas.

### 3 O CARÁTER INFORMATIVO DA PUBLICIDADE E A SUA RELEVÂNCIA PARA FINS DE OFERTA

O surgimento e a difusão dos contratos eletrônicos celebrados virtualmente, sem a presença física das partes, provocou profundo repensamento da dogmática contratual<sup>50</sup>. Isso porque, para solucionar as novas questões jurídicas que advêm da dinamicidade da sociedade da informação, diversas figuras necessitaram ser revisitadas, o que, aliás, já havia se passado com a introdução, nos ordenamentos, da proteção do consumidor.

A proposta contratual, talvez, tenha sido uma dessas categorias jurídicas mais carecedoras de reexame, nomeadamente para fins de se agregar relevância jurídica à publicidade, em especial quando imprescindível à formação do contrato, de forma dinâmica e agressiva, como ocorre recorrentemente quando é veiculada no âmbito do comércio eletrônico.

Partindo-se dos pressupostos gerais de direito dos contratos, a proposta pode ser definida como “a declaração feita por uma das partes e que, uma vez aceite pela outra

---

48 Neste norte, merece destaque importante precedente do Superior Tribunal de Justiça em que restou responsabilizada por vício do produto a respectiva empresa brasileira que utiliza a mesma marca de outra americana, não obstante constituíssem pessoas jurídicas diversas, aparentemente sem responsabilidade solidária entre si. Assim vem sumariado o acórdão: “Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“Panasonic”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. [...]. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I. Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II. O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III. Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV. Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V. Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 63981/SP*. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 11 abr. 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.) (grifou-se).

49 Confira-se, a esse respeito: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.113-115. Ademais, estabelecendo uma diferenciação entre as teorias da aparência e da confiança, mister a leitura dos escritos de LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, jul./set. 2000, p.11; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, n. 12, out./dez. 2002, p. 171 e ss.

50 A propósito, não obstante o objeto do trabalho diga respeito à análise das experiências jurídicas portuguesa e brasileira, não há como se deixar de fazer referência ao intenso debate na doutrina italiana sobre o papel da vontade nos contratos celebrados por computador. A este respeito, ver: IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, a. 52, n. 2, 1998, pp. 347 e ss.; OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*, Pádua, a. 44 n. 5, set./out. 1998, p.525 e ss.; IRTI, Natalino. È vero ma... *Rivista di Diritto Civile*, Milão, a. 45, n. 2, parte prima, 1999, p. 273 e ss.



ou pelas outras, dá lugar ao aparecimento de um contrato”<sup>51</sup>. Para tanto, deve reunir três requisitos essenciais, a saber: a completude, fazendo com que, para fins de conclusão do negócio, baste apenas a aceitação da outra parte; a exteriorização de uma inequívoca vontade de contratar e; a satisfação da forma requerida para o negócio em jogo, quando necessária alguma em especial<sup>52</sup>.

Diante da necessidade da presença concomitante de todos estes requisitos, com o incremento das relações negociais de consumo, passou-se a perquirir se a publicidade veiculada pelo fornecedor poderia ser considerada proposta na acepção posta pelo direito civil ou se seria um mero convite a contratar<sup>53</sup>, isto é, uma chamada para que os interessados no produto ou serviços postos à disposição formassem a real proposta formadora do futuro contrato<sup>54</sup>.

O entendimento pacificou-se, seja no Brasil<sup>55</sup>, seja em Portugal<sup>56</sup>, no sentido de que, reunindo a publicidade veiculada todos os elementos necessários à simples aceitação pelo consumidor para se ter como formado o contrato, será considerada como oferta ao público e, por conseguinte, como proposta.

Segundo Enzo Roppo, “a formação do contrato consiste num *processo*, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si”<sup>57</sup>. Por esse motivo, estas considerações não podem deixar de ter em vista a necessidade de adimplemento dos deveres de informação antes referidos, em especial quando a publicidade, não raro, representa o primeiro contato entre as partes contratantes e o momento para o fornecimento

51 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, p.552.

52 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, p.552.

53 Ainda segundo Menezes Cordeiro, convite a contratar seria a hipótese em que, “através de vários meios, as entidades interessadas podem incitar pessoas indeterminadas a contratar”, sendo que, “em regra, o simples convite publicitário pressupõe negociações ulteriores, das quais poderá resultar uma verdadeira proposta”. Aqui, parece que o autor está a referir-se aos casos de mensagens veiculadas pelos fornecedores no intuito de incitarem o consumidor a comparecer ao seu estabelecimento comercial – seja ele físico ou virtual – e constatar a realidade do produto ou serviço, seu interesse nele, as condições do contrato, o preço e as formas de pagamento, enfim, as demais condições do contrato. Isso porque se a mensagem publicitária contiver todos os elementos necessários à perfectibilização da avença com o simples ‘sim’ por parte do consumidor, estar-se-á a falar de proposta em sentido estrito, nominada como oferta ao público, “caracterizada por ser dirigida a uma generalidade de pessoas”, o que, entretanto, não lhe tira o *status* jurídico de proposta. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. I, p.557).

54 Aqui, não se pode deixar de referir uma terceira espécie de publicidade no âmbito das relações de consumo, destinada não só a ofertar ao público determinado produto ou serviço ou a incitar o consumidor a formular uma proposta, mas a promover determinada marca ou produto, incentivando, mesmo que de modo indireto, o seu consumo. Em razão disso, não obstante seu estudo esteja fora do âmbito da presente investigação, merece registro o entendimento da jurisprudência brasileira no sentido de atribuir relevância a esta modalidade de propaganda, asseverando que “[o] CDC abrange a publicidade empregada com a finalidade de aumento de vendas por meio de sorteio de prêmios” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 302174/RJ*. 3ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em: 20 set. 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020).

55 Esta é a conclusão a que chega José de Oliveira Ascensão, à vista do disposto no artigo 429 do Código Civil brasileiro, posição, da mesma forma, sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente em matéria de relações de consumo, tendo em vista a regra do artigo 30 do Código do Consumidor. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Contratação em rede informática no Brasil*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 78, separata, jul./ago. 2006, p. 75.) Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 363939/MG*. 3ª Turma. Rel. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi. Julgado em: 04 jun. 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

56 No sistema jurídico português, na mesma linha do direito brasileiro, especialmente no âmbito do comércio eletrônico, a lei foi responsável por dirimir eventuais controvérsias a respeito, afirmando que “[a] oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar”. Este é texto literal do artigo 32, n.º 1, do Decreto-lei n.º 7/2004 [com atualização pela Lei n.º 46/2012]. O interessante é que a atividade legislativa do Parlamento Europeu e do Conselho deixou ao legislador interno a opção pela qualificação jurídica da publicidade veiculada em linha, em virtude da ausência de consenso nos ordenamentos dos Estados-membros acerca da matéria, não se imiscuindo em matéria de direito civil; a opção, pois, é genuinamente portuguesa.

57 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85 (grifo consta no original).

de grande parte dos esclarecimentos necessários à conclusão da avença. Por isso, guarda a publicidade<sup>58</sup>, além do fim de propositura do negócio, intento especialmente informativo do consumidor, sendo qualquer violação ou abusividade neste campo rica fonte de frustração ilegítima da confiança depositada. E tal regime, como não poderia ser diferente, aplica-se integralmente em matéria de comércio eletrônico<sup>59</sup>.

Especificamente no que toca aos contratos eletrônicos, o Decreto-lei n.º 7/2004, de Portugal, dedica capítulo especial ao tema “[c]omunicações publicitárias em rede e *marketing directo*”, estabelecendo, no seu artigo 21, a necessidade de que as comunicações publicitárias prestadas a distância, por via eletrônica, sejam claramente identificáveis como tal, de forma ostensiva, devendo ser identificáveis, da mesma forma, o anunciante e eventuais ofertas promocionais nelas contidas<sup>60</sup>. Tal norma foi mantida na atualização da Lei n.º 46/2012. Esta, na verdade, é temática já versada quando dos direitos de informação, representando aspecto importante, como outrora dito, para que o consumidor tome plena ciência de que o conteúdo ao qual passará a ter acesso tem natureza publicitária, decidindo por continuar ou não o contato com ele.

Outra questão de significativa relevância em matéria de oferta ao público diz respeito à possibilidade e à forma da sua remoção, retificação ou revogação, quando veiculada em rede. Para tanto, não se pode deixar de considerar que o acesso do consumidor ao material publicitário gera-lhe a justa expectativa da aquisição do produto ou serviço, pelo preço e nas condições anunciadas. Assim, se é certo que não há como se consentir com a possibilidade de obrigação por tempo ilimitado para o fornecedor, também há que se prevenir a fraude consubstanciada em fazer ofertas atraentes e se negar, posteriormente, a mantê-las, sem qualquer justificativa razoável para tanto<sup>61</sup>.

A legislação portuguesa não está desatenta à necessidade de conciliação destas duas realidades. Em verdade, sempre visou resguardar não somente os interesses do consumidor, decorrentes da confiança nele despertada, o qual terá prévia ciência acerca dos contornos da validade da oferta ao público desde logo, bem como do fornecedor que, assim, não poderá ser compelido a atender proposta por ele formulada quando já não mais o tenha condições de fazer ou já não mais lhe interesse fazê-lo, decorrido o prazo fixado.

---

58 No ordenamento português, além dos atos normativos até então amplamente debatidos, responsáveis pela transposição das Diretrizes do Parlamento Europeu e do Conselho sobre proteção dos consumidores em contratos celebrados a distância e comércio eletrônico, para uma plena compreensão da matéria e adequada solução das controvérsias, é imperioso que se tenha em conta as disposições de direito comunitário em matéria de publicidade enganosa, com destaque para a Diretriz n.º 84/450/CEE, cujo intuito é, vedando comportamentos abusivos ou enganosos, proteger a confiança despertada no consumidor por meio da oferta ao público veiculada. Esta Diretriz, em seu artigo 2º, n.º 2, define como publicidade enganosa “a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente”.

59 Neste ponto é importante que se destaque que, nos ditos contratos celebrados por computador, a proposta pode ser geral ou particular, aplicando-se, naquele caso, os preceitos relacionados à publicidade. Para tanto, oportuno tenha-se em conta que, em alguns casos, a contratação pode ser individualizada, como a que se dá, por exemplo, por correio eletrônico, entre duas partes específicas, assimilando-se muito com a contratação a distância tradicional (por cartas), ou *generalizada*, por meio de publicidade dirigida a pessoas indeterminadas, designadamente em matéria de comércio de consumo. Sobre o tema, ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação em rede informática no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 78, separata, pp. 57-85, jul./ago. 2006, p.75.

60 Na sequência, o Decreto-lei n.º 7/2004 traz extenso dispositivo regulando a questão das comunicações não solicitadas, conhecidas também por *spam*, assunto que, não obstante guarde estreita relação com a publicidade, deixar-se-á de abordar no presente estudo diante da autonomia que hoje tem recebido na doutrina. Sobre o tema, LEITÃO, Luís Menezes. A distribuição de mensagens de correio eletrônico indesejadas (SPAM). *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, jun. 2003, pp. 191 e ss.

61 ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação em rede informática no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 78, separata, pp. 57-85, jul./ago. 2006, p.76.

Entretanto, mesmo nos casos de desatendimento desta obrigação, não se sustenta a possibilidade de vinculação *ad eternum* do anunciante, prevalecendo solução pautada pela razoabilidade. Assim, tendo em vista o princípio geral que impede a existência de obrigações perpétuas, passado um período razoável, que deverá ser auferido tendo em conta as expectativas dos destinatários da oferta e a natureza do contrato que se pretenda formalizar, o anunciante poderá fazer cessar a obrigação, desde que o faça por meio da veiculação de comunicado ao público, pela mesma via da sua divulgação<sup>62</sup>, nos termos do artigo 230, n.º 3, do Código Civil português.

No direito brasileiro, a solução da controvérsia passa pela compreensão do alcance do artigo 30 do Código do Consumidor, segundo o qual toda publicidade suficientemente precisa obriga o fornecedor ao adimplemento dos seus termos. Esse dispositivo poderá ensejar a permissão de execução específica, nos termos do artigo 35 do mesmo Código<sup>63</sup>, já que estando o fornecedor obrigado – e não apenas vinculado –, deveria cumprir a oferta veiculada em rede, inclusive nos casos em que deixa de fazer ressalvas quanto à sua validade (tempo, quantidade de produto disponível, dentre outros) ou quando a faz com erros.

Da mesma forma, no caso de proposta entre ausentes (quando existir lapso temporal entre as manifestações de vontade ou, em outras palavras, quando não houver imediatidade na comunicação a distância), merecem atenção as regras dos artigos 428, incisos II, III e IV, e 429, parágrafo único, ambos do Código Civil, aplicáveis às relações de consumo em caráter supletivo. Assim, segundo elas, para fins de perda da eficácia da oferta formulada ao público, deveria o fornecedor veicular, pela mesma via, retratação do seu conteúdo, a qual deveria chegar aos destinatários antes ou concomitantemente com a proposta, isso nos casos de revogação. Em caso de retirada de eficácia, é importante a referência ao inciso III do artigo 428 retroreferido, em especial quando menciona o tempo suficiente à aceitação pelo destinatário, dando a entender que, não sendo aceita em prazo razoável, perderia força obrigatória.

A posição da jurisprudência brasileira, pautada por estes critérios de razoabilidade e adequação de cada uma das situações às suas peculiaridades concretas, parece inclinar-se no sentido de bem interpretar o alcance da força obrigatória extraível do artigo 30 da Lei n.º 8.078/90, limitando-a em algumas hipóteses<sup>64</sup>. Da mesma forma, tem ido mais além em matéria de comércio eletrônico, reconhecendo que a dinamicidade do meio impõe a imediata aceitação pelo consumidor<sup>65</sup>; assim não sendo feito, não se poderia, depois, exigir fossem mantidos os seus termos caso retirada da rede pelo anunciante<sup>66</sup>.

62 ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação em rede informática no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 78, separata, pp. 57-85, jul./ago. 2006, p.76.

63 Segundo o artigo 35 do Código do Consumidor, “[s]e o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

64 Isto é o que se depreende do seguinte acórdão: “Recurso especial. Código de defesa do consumidor. [...] A falta de indicação de restrição quantitativa relativa à oferta de determinado produto, pelo fornecedor, não autoriza o consumidor exigir quantidade incompatível com o consumo individual ou familiar [...] Recurso especial, ressalvada a terminologia, não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 595734/RS*. 3ª. Turma. Rel. Min. Castro Filho. Julgado em: 02 ago. 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020).

65 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.174-175.

66 Neste sentido, cita-se julgado assim ementado: “Comércio eletrônico. Alteração do valor antes da aquisição. Possibilidade. Os preços no comércio eletrônico podem ser alterados unilateralmente. A vinculação apenas ocorre após a aquisição do produto pelo consumidor. Impossibilidade do comerciante ser obrigado a manter o preço, eis que tal circunstância inviabilizaria o sistema eletrônico. Recurso não provido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Cível n.º 71001411644*. 2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais. Rel. Juiz Eduardo Kraemer. Julgado em: 17 out. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020).

Este último entendimento, contudo, tendo em vista a já mencionada obrigatoriedade da oferta, não obstante as limitações que lhe possam ser impostas em nome da razoabilidade, não pode ser aceito de forma irrestrita. Deve, pois, ser visto com certa reserva e aplicabilidade limitada a algumas hipóteses, sob pena de, como referido antes, chancelar-se a irresponsabilidade na formulação de propostas interessantes ao consumidor, as quais, simplesmente, deixa-se de garantir a todo e qualquer interessado sob o argumento de fluidez e imediatidade típicas da contratação em rede<sup>67</sup>.

Em conclusão, pelo que se percebe, as controvérsias envolvendo a publicidade e a sua relevância para fins de formação do contrato são intensas, exigindo análise em concreto da situação, visando compatibilizar as garantias ao consumidor com a dinamicidade do mercado.

Ambos os sistemas jurídicos adotam soluções semelhantes para o tema, valendo-se, não raro, das regras gerais sobre contratação, sendo aplicáveis ao comércio eletrônico todos os dispositivos relacionados à publicidade e à formulação da proposta. Deve-se, da mesma forma, dar relevância às regras relativas à proposta entre ausentes, sempre tendo-se em conta que o caráter informativo da oferta ao público deve ser observado e privilegiado como forma de garantia da tutela da confiança despertada no consumidor pelo material publicitário veiculado<sup>68</sup>.

#### 4 A ACEITAÇÃO E O MOMENTO DA CONCLUSÃO DO CONTRATO

Tendo em vista as ponderações apresentadas sobre a questão, talvez a maior dificuldade resida na delimitação do momento de formação dos contratos eletrônicos com consumidores.

A primeira premissa para que se possa tentar delimitar dito momento diz respeito a verificar, consoante antes explicitado, a existência de uma proposta por parte do fornecedor ou de mero convite a contratar, isto é, se a publicidade veiculada atende a todos os requisitos de uma proposta em sentido jurídico<sup>69</sup>, bastando que seja aceita, ou se tem apenas elementos que incitem o consumidor a realizar uma proposta *stricto sensu*. A relevância é significativa, pois, em face de mero convite a contratar, a proposta será formulada pelo consumidor e não pelo fornecedor.

A segunda, em se estando diante de peça publicitária definível como proposta em sentido técnico, como é a regra na maior parte dos casos, diz respeito a identificar os meios pelos quais

67 Como de longa data vem sendo frisado pela doutrina, a internet não pode ser um espaço livre ao qual o direito não tem acesso. Assim, aceitar de forma irrestrita o entendimento vertido no precedente antes citado – possibilidade ampla de alteração unilateral da proposta em linha – implica em conferir aos atos realizados no ambiente virtual uma quase imunidade às regras jurídicas. Até porque se a oferta veiculada por meio de publicidade impressa não pode ser alterada unilateralmente a qualquer tempo, ao bem talante do fornecedor, não haveria razão, até mesmo por simetria, para conceder-se ampla liberdade neste sentido à publicidade em linha. Daí a necessidade de que se encontre um meio termo para controvérsias que envolvam a cessação de ofertas veiculadas no âmbito do comércio eletrônico, respeitando-se as peculiaridades do meio virtual, mas, da mesma forma, respeitando os interesses do consumidor e as normas de proteção a ele dispostas. A alternativa preventiva prevista na lei portuguesa ainda parece a mais acertada, podendo o fornecedor, quando da veiculação da oferta, limitá-la às suas possibilidades; não o fazendo, por ela deverá responder, na medida do razoável. Sobre isso, veja-se MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.57-59; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.309.

68 Neste ponto, assumem relevância crucial, não obstante não relacionadas exclusivamente ao comércio eletrônico, as questões relacionadas às marcas e o seu caráter vinculatório a determinado fornecedor e, por isso, informativo. Daí porque a jurisprudência portuguesa tem decidido no sentido da impossibilidade de registro de marcas que venham a confundir o consumidor e, assim, despertar-lhe a justa expectativa de estar adquirindo um produto por outro, o que pode agravar-se ainda mais quando esta aquisição se dá por computador, em decorrência da impossibilidade de contato físico com o produto. A propósito: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso de Revista n.º 03B3971*. Rel. Cons. Santos Bernardino. Julgado em: 29 mai. 2003. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 30 jun. 2020. Assim também, no Brasil, dando-se relevância à aparência decorrente do uso da marca, geradora de legítima confiança, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 113012*. 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 18 mar. 1997. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

69 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.191 e ss.

se manifestará essa aceitação pelo consumidor, para fins de conclusão do contrato.

A aceitação pode ser definida como “uma declaração recipianda, formulada pelo destinatário da proposta negocial ou por qualquer interessado, quando haja uma oferta ao público, cujo conteúdo exprima uma total concordância com o teor da declaração do proponente”<sup>70</sup>. E, é importante que se destaque, deve ser ela, realmente, uma concordância integral, já que, havendo divergência quanto aos termos da oferta, será considerada contraproposta, não sendo apta, ainda, à formação do contrato.

Diante disso, partindo-se do pressuposto geral da teoria dos contratos, no sentido de que o pacto está formado quando a aceitação “cola” na proposta<sup>71</sup>, poder-se-ia afirmar que o vínculo negocial de comércio eletrônico estaria perfectibilizado<sup>72</sup>, de regra, salvo estipulação em contrário, no momento em que, havendo uma oferta pública veiculada pelo fornecedor, o consumidor a aceita e comunica o proponente a respeito disso<sup>73</sup>.

Assim, fica a pergunta: como se dá essa manifestação de vontade conclusiva do contrato, no comércio eletrônico, entre fornecedor e consumidor?

Segundo o direito civil tradicional, a aceitação pode ser externalizada não apenas de forma expressa, mas também tácita<sup>74</sup>. No comércio eletrônico envolvendo consumidores, todavia, é necessária uma certa adaptação desta dogmática, sob pena de serem chanceladas violações aos interesses do sujeito hipossuficiente.

Para tanto, deve-se ter em vista que o consumidor opera em um meio que, de regra, não lhe é perfeitamente familiar, mesmo que ele pense lhe ser, do que decorre a impossibilidade

---

70 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, p.559. De mesma opinião, Luis Filipe Ragel Sánches, para quem “[a] aceitação é a declaração de vontade contratual pela qual o destinatário da proposta comunica ao proponente a sua conformidade com a mesma”. (SÁNCHEZ, Luis Filipe Ragel. *A formação dos contratos. Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. III, ago. 2002, p.86).

71 Segundo María José Azar, “habrá contrato formado (cualquiera sea el medio empleado para su conclusión), cuando se haya producido la conjunción de las declaraciones unilaterales de cada parte”. (AZAR, María José. *El consentimiento en la contratación de consumo por internet. Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, abr. 2002, p. 29.)

72 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.195. Comenta: “Na base da vinculação decorrente da publicidade se encontra a responsabilidade pela confiança despertada pela atividade dirigida e profissional do fornecedor, lado a lado com o já mencionado princípio da transparência, que exige veracidade nas informações transmitidas aos consumidores, ambas constituindo derivações da boa-fé objetiva, contemplada no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.”

73 Não obstante a controvérsia instalada na doutrina italiana acerca da efetiva existência de manifestação de vontade nos negócios jurídicos eletrônicos, tendo em conta as peculiaridades do meio virtual, não só em razão da distância, mas em decorrência da alegada *despessoalização* (nota 79, *supra*), observa MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, pp.65-99, mar. 2002, p.69, que nos contratos telemáticos há uma inegável “bilateralidade essencial, apesar da unilateralidade tão visível”, não havendo dificuldades quanto à aplicação do regime geral dos contratos. E prossegue a autora, afirmando que “[h]á bilateralidade de vontades, pois apensar do fornecedor ser ‘virtual’ e do consumidor ser ‘massificado’, apesar do oferecer e do eleger serem ‘automatizados’, apesar do direito abstrair mais do plano da validade, e considerar mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada, do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor, do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou por seu computador, há um contrato no plano da existência juridicamente relevante e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é ‘velho’, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é ‘novo’”. A situação agrava-se ainda mais no fenômeno denominado contratação automatizada ou intersistêmica *stricto sensu*, na qual ambas as vontades – oferta e aceitação – provêm de máquinas predispostas para emití-las, sem intervenção humana direta no momento da formação do vínculo. A matéria, contudo, não apresente tão intensa relevância ao presente estudo, pois diz respeito, preponderantemente, a contratações entre profissionais (B2B), porquanto, na contratação de consumo, a aceitação, ao menos, não será automatizada, pois realizada pelo consumidor. Para aprofundamento sobre o tema ver SILVA, Paula Costa e. A contratação automatizada. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, jun. 2003, pp. 289 e ss.

74 Assim dispõem os artigos 111 e 432 do Código Civil brasileiro e os artigos 217, n.º 1, e 234 do congênere português. Para aprofundamento sobre as formas como se opera a aceitação e as suas modalidades, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *Contratação eletrônica. Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, separata, jun. 2003, p. 48 e ss. Assim também, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. I, pp. 559-561.



de que o silêncio ou qualquer outro comportamento que, em meios diversos, poderia implicar aceitação, produzam efeitos jurídicos neste sentido.

Assim, a vontade concludente do contrato precisa exteriorizar-se por palavras ou gestos expressos e inequívocos no sentido da formação do vínculo negocial. Na Internet, os usuais *clicks*<sup>75-76</sup> geram polêmica, mas indicam a emanação perfunctória da aceitação, não sendo permitido que o silêncio possa surtir efeitos neste campo<sup>77</sup>.

70 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t.I, p.559. De mesma opinião, Luis Filipe Ragel Sánches, para quem “[a] aceitação é a declaração de vontade contratual pela qual o destinatário da proposta comunica ao proponente a sua conformidade com a mesma”. (SÁNCHEZ, Luis Filipe Ragel. A formação dos contratos. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. III, ago. 2002, p.86).

71 Segundo María José Azar, “habrá contrato formado (cualquiera sea el medio empleado para su conclusión), cuando se haya producido la conjunción de las declaraciones unilaterales de cada parte”. (AZAR, María José. El consentimiento en la contratación de consumo por internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, abr. 2002, p. 29.)

72 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.195. Comenta: “Na base da vinculação decorrente da publicidade se encontra a responsabilidade pela confiança despertada pela atividade dirigida e profissional do fornecedor, lado a lado com o já mencionado princípio da transparência, que exige veracidade nas informações transmitidas aos consumidores, ambas constituindo derivações da boa-fé objetiva, contemplada no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.”

73 Não obstante a controvérsia instalada na doutrina italiana acerca da efetiva existência de manifestação de vontade nos negócios jurídicos eletrônicos, tendo em conta as peculiaridades do meio virtual, não só em razão da distância, mas em decorrência da alegada *despessoalização* (nota 79, *supra*), observa MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, pp.65-99, mar. 2002, p.69, que nos contratos telemáticos há uma inegável “bilateralidade essencial, apesar da unilateralidade tão visível”, não havendo dificuldades quanto à aplicação do regime geral dos contratos. E prossegue a autora, afirmando que “[h]á bilateralidade de vontades, pois apensar do fornecedor ser ‘virtual’ e do consumidor ser ‘massificado’, apesar do oferecer e do eleger serem ‘automatizados’, apesar do direito abstrair mais do plano da validade, e considerar mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada, do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor, do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou por seu computador, há um contrato no plano da existência juridicamente relevante e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é ‘velho’, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é ‘novo’”. A situação agrava-se ainda mais no fenômeno denominado contratação automatizada ou intersistêmica *stricto sensu*, na qual ambas as vontades – oferta e aceitação – provêm de máquinas predispostas para emití-las, sem intervenção humana direta no momento da formação do vínculo. A matéria, contudo, não apresente tão intensa relevância ao presente estudo, pois diz respeito, preponderantemente, a contratações entre profissionais (B2B), porquanto, na contratação de consumo, a aceitação, ao menos, não será automatizada, pois realizada pelo consumidor. Para aprofundamento sobre o tema ver SILVA, Paula Costa e. A contratação automatizada. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, jun. 2003, pp. 289 e ss.

74 Assim dispõem os artigos 111 e 432 do Código Civil brasileiro e os artigos 217, n.º 1, e 234 do congêneres português. Para aprofundamento sobre as formas como se opera a aceitação e as suas modalidades, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação eletrônica. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, separata, jun. 2003, p. 48 e ss. Assim também, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. I, pp. 559-561.

75 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos de adesão eletrônicos (*shrink-wrap* e *click-wrap*) e os termos de condições de uso (*browse-wrap*). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coords.). *Estudos avançados de direito digital*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 130. Explica: “O adquirente, ao instalar o produto, comunica com a máquina manifestando sua anuência ou recusa através de cliques sucessivos e/ou comportamento concludente, que é a instalação do programa do computador e sua posterior utilização (*shrink-wrap*). [...] Esta técnica contratual, por representar inúmeras facilidades referentes à economia de tempo e dinheiro, passou a ser empregada, também, na contratação celebrada por meio da Internet, ou seja, em ambiente totalmente eletrônico. Assim, as empresas passaram a ofertar seus produtos e serviços *on-line*, em suas páginas na Internet, em que, antes da conclusão do contrato, o adquirente tem a oportunidade de ler as cláusulas contratuais e manifestar sua total adesão ou não. Esta manifestação de vontade é exteriorizada através de cliques sucessivos em caixas de diálogo apresentadas na tela do computador (*click-wrap*). [...] No entanto, a sociedade da informação pós-moderna busca, constantemente, a aceleração do tempo. Em outras palavras, na rede mundial de computadores, tudo deve acontecer muito rápido, sob pena de espantar os interessados. Neste contexto, insere-se uma nova prática contratual, em que o adquirente acessa a página na Internet do fornecedor, vinculando-se aos termos e condições de uso fixadas discretamente em um hiperlink no canto inferior do site (*browse-wrap*).”

76 Comentando especificamente o enquadramento jurídico dos contratos eletrônicos de consumo na disciplina dos contratos de adesão, veja-se MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.129 e ss.

77 MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, pp.65-99, mar. 2002, p.79, nota 63.

Esta é a posição que prevalece no direito brasileiro<sup>78</sup>, mesmo que não positivada, sendo que, em Portugal, parece vir disposta desde o Decreto-lei n.º 7/2004<sup>79</sup>. Com este objetivo, o mencionado diploma introduz, na ordem jurídica portuguesa, no que toca à formação dos contratos eletrônicos, o denominado sistema do “duplo *click*”, o qual, não obstante tenha por objetivo trazer, exatamente, uma maior segurança ao consumidor, exigindo que a sua vontade concludente acerca do negócio seja expressa e inequívoca, tem contribuído para encerrar profundas dúvidas na doutrina acerca do real momento da conclusão do contrato.

Isso porque, em seu artigo 29<sup>80</sup>, determina que o fornecedor, recebendo ordem de encomenda por parte do consumidor acerca dos produtos por ele anunciados em linha, acuse este recebimento, enviando-lhe um aviso neste sentido<sup>81-82</sup>. Na sequência, o consumidor deverá

78 Neste particular, Claudia Lima Marques leciona que “no mundo virtual, o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim, abuso comercial, a violar a confiança dos consumidores frente aos profissionais, os fornecedores do comércio eletrônico”. (MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, pp.65-99, mar. 2002, p.79.) Pedro Modenesi, por sua vez, sintetiza a questão da seguinte forma: “Reafirme-se que é, justamente, a admissão do *consentimento tecnológico (technological assent)* – como, por exemplo, a conclusão de um contrato mediante o clique feito pelo ciberconsumidor em um “botão” virtual nominado “aceito” – que permite que o fenômeno da contratação por adesão seja aproveitado pelo mercado eletrônico de consumo. Negar que um comportamento concludente – como o clicar de um *mouse* em um ícone virtual que autoriza o pagamento do preço de um produto ou serviço, após a devida leitura dos termos e condições contratuais – possa formar um contrato seria dizer, por via indireta, que a contratação eletrônica de consumo não é possível, ou seja, é defeituosa, por faltar-lhe elemento essencial à formação do contrato.” (MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p.475). Este entendimento tem prevalecido na jurisprudência, no sentido de que, nas relações de consumo, a aceitação deve ser inequívoca, o que não pode ser extraído do silêncio do consumidor. Neste sentido, exemplificativamente, cita-se o seguinte precedente: “Indenização [...]. É abusiva a remessa de cartão de crédito ao consumidor sem solicitação desse, assim como a presunção de aceitação tácita pela ausência de reclamação. [...] Recurso improvido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Cível n.º 71001507490*, 2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais. Rel. Juiz Clovis Moacyr Mattana Ramos. Julgado em: 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.)

79 Da mesma forma, destaque-se regra expressa contida no artigo 28, n.º 2, do Decreto-lei n.º 143/2001, segundo a qual “[é] proibida a utilização da prática comercial em que a falta de resposta de um consumidor a uma oferta ou proposta que lhe tenha sido dirigida é presunção da sua aceitação, com o fim de promover a venda a retalho de bens ou a prestação de serviços”.

80 Segundo o artigo 29, “[l]ogo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o prestador de serviços deve acusar a recepção igualmente por meios electrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora. 2 - É dispensado o aviso de recepção da encomenda nos casos em que há a imediata prestação em linha do produto ou serviço. 3 - O aviso de recepção deve conter a identificação fundamental do contrato a que se refere. 4 - O prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar a comunicação para o endereço electrónico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço. 5 - A encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida”.

81 Este aviso é obrigatório para os contratos de consumo, podendo apenas ser derogado por convenção “com a parte que não seja consumidora”. Esta é a regra expressa do artigo 29, n.º 1, do Decreto-lei n.º 7/2004, mantida pela Lei n.º 46/2012. A exceção será os casos em que o contrato é integralmente cumprido em linha pelo fornecedor, não pressupondo um momento posterior de execução por meios tradicionais, hipótese em que o aviso de recebimento, nos termos do n.º 2 do artigo 29 retrocitado, será despidendo. Ainda, também será desnecessário, conforme o artigo 30 do mesmo Diploma, nos casos de contratos celebrados “exclusivamente por correio electrónico o outro meio de comunicação individual equivalente”, porquanto, nestes casos, pressupõe o legislador um contato mais direto, menos massificado entre as partes, razão pela qual se mostraria desnecessária a comunicação do recebimento da ordem de encomenda e a sua posterior confirmação pelo consumidor, que se mostra razoável. O cumprimento deste dever visa, consoante ASCENSÃO, José de Oliveira. Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de junho (comércio eletrônico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XLIV, n.1, pp.215-252, 2003, p.244, “que o destinatário do serviço, que tenha fito a encomenda, seja desde logo advertido que ela foi recebida, vencendo-se as contingências técnicas do meio de transmissão”, adimplindo-se com o envio da comunicação para o endereço eletrônico informado pelo consumidor, nos termos do artigo 29, n.º 4, combinado com o artigo 31, n.º 2, ambos do Decreto-lei n.º 7/2004 (tal pressupõe que o consumidor acesse sua conta de correio eletrônico e tome conhecimento da mensagem que lhe foram encaminhadas); em outras palavras, o dever está satisfeito com a expedição, sendo encargo do consumidor dele tomar conhecimento, desde que chegue à sua esfera de possibilidade. Assim, *v.g.*, eventual falha de comunicação que não permita a chegada da mensagem ao consumidor ainda se inclui na esfera de responsabilidade do fornecedor.

82 É bem verdade que a normatização promovida pela União Europeia não quis imiscuir-se em temas específicos relacionados ao momento da formação do contrato, deixando que cada ordem jurídica interna assim o regulasse. Não obstante isso, introduziu, por meio do artigo 11 da Diretriz 2000/31/CE a obrigatoriedade do aviso de recepção a ser enviado pelo fornecedor, o qual tem sido alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina. Neste sentido, VIDE, Carlos Rogel. En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos vía internet. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, Coimbra, n. 2, fev. 2001, p. 74-75.

confirmar os termos do negócio inicialmente aceito, cujo conteúdo constará no aviso de recebimento enviado pelo fornecedor, momento a partir do qual a encomenda tornar-se-á definitiva.

À vista disso é que surge a pergunta: o contrato considera-se formado quando o consumidor, à vista da publicidade veiculada (tomada aqui como proposta), encaminha sua ordem de encomenda ao fornecedor ou apenas após a confirmação desta, que será feita por ele a partir do recebimento do aviso de recepção? Em outras palavras, o contrato está formado no primeiro ou no segundo *click*?

Diante dos termos da lei de transposição, instalou-se divergência na doutrina a respeito. Sobre o tema, Paula Costa e Silva sustenta que, deparando-se o consumidor com uma proposta ao público, o contrato somente estará formado quando vier a confirmar a sua ordem de encomenda, após recebido o aviso de confirmação pelo fornecedor, que lhe será enviado após ordem inicial encaminhada. Nas palavras da autora, fundamentadas no artigo 29, n.º 5, do Decreto-lei n.º 7/2004, “a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na seqüência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida. [...] O contrato só estará concluído quando e se eu confirmar a aceitação”<sup>83</sup>.

Esta parece ter sido a ideia pensada quando da redação do projeto que redundou na edição do Decreto-lei n.º 7/2004, seguindo a solução apresentada pela congênera lei francesa de transposição da Diretriz 2000/31/CE, visando, com isso, trazer maior segurança ao consumidor, pois o contrato só estaria definitivamente formado quando pudesse ele identificar que sua ordem inicial foi perfeitamente recebida pelo fornecedor e que coincide em gênero, número e grau com a sua real intenção de contratar. Ou seja, o primeiro *click*, mesmo à vista de uma oferta ao público (proposta), ainda não seria a aceitação propriamente dita para fins de formação do contrato, fazendo com que apenas após recebido o aviso de recepção a ser emitido ao fornecedor, dando conta do recebimento da primeira manifestação de vontade, e confirmado o seu teor pelo aceitante (2º *click*), estaria perfectibilizado o vínculo contratual.

Existe, contudo, outra interpretação a respeito, embasada no artigo 32, n.º 2, do mesmo Decreto-lei n.º 7/2004, o qual, transbordando ao que fora disposto na Diretriz do Comércio Eletrônico<sup>84</sup>, estatui que o “mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato”. Em outras palavras, segundo parte da doutrina, se a própria lei de regência determina que o aviso de recepção não pode ser considerado para fins de delimitação do momento da conclusão do negócio jurídico, quando mais a confirmação da encomenda pelo consumidor, que lhe é sequencialmente posterior.

A partir disso é que se construiu entendimento no sentido de que o contrato estaria formado desde logo, com a primeira aceitação do consumidor – ordem de encomenda –, desde que fosse dada em resposta a uma oferta ao público veiculada pelo fornecedor, sendo já a comunicação do recebimento do pedido um dever contratual de informação<sup>85</sup>, que visa proteger os interesses da parte hipossuficiente envolvida, pressupondo, por isso, contrato já celebrado. Assim, o contrato estaria concluído já no primeiro *click*, vinculando o proponente desde logo,

83 SILVA, Paula Costa e. *Contractação electrónica*. In: AAVV. *Lei do Comércio Electrónico Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 187-188.

84 A este propósito, José de Oliveira Ascensão bem esclarece que “[a] posição da Diretriz é de não intromissão no esquema vigente em cada país sobre celebração do contrato. Pretende resolver problemas técnicos deste tipo de contratação: mais nada. De resto, regem os princípios gerais de Direito Civil”. Em outras palavras, ao prever a figura do aviso de recepção, não buscou estabelecer a sua natureza jurídica, notadamente a sua relevância para fins de determinação do momento da formação do contrato, pois isto é direito civil, competindo às ordens jurídicas de cada Estado-membro definir. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Bases para uma transposição da Diretriz n.º 00/31, de 8 de junho (comércio electrónico)*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XLIV, n. 1, pp. 215-252, 2003, p.245).

85 LARISMA, Susana. *Contratação electrónica*. In: AAVV. *O comércio electrónico em Portugal – O quadro geral e o negócio*. Lisboa: ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicação, 2004, p.157.

tendo apenas a sua eficácia sobrestada até a confirmação pelo aceitante (segundo *click*), em resposta ao aviso de recebimento que lhe fora encaminhada pelo fornecedor<sup>86</sup>.

Não obstante esta segunda posição encerre uma certa lógica e pareça ser mais benéfica ao consumidor<sup>87</sup>, à vista da forma como está disposta a lei portuguesa, é notório reconhecer-se que a formação do contrato, com efeito, dá-se no segundo *click*, ou seja, com a confirmação da ordem de encomenda, a partir do aviso de recepção.

Isso porque o já citado artigo 29, n.º 5, do ato de transposição, expressamente refere que apenas após esta confirmação subsequente ao aviso de recepção, quando o consumidor reitera a sua primeira manifestação de vontade, é que a encomenda se torna definitiva. E como não existe contrato enquanto a encomenda não for definitiva, salvo exceções expressas, diante da opção legislativa adotada, seguidora da tradição francesa, é notória a prevalência da tese que refere estar formado o vínculo negocial apenas no segundo *click*.

Ao que se percebe, criou a ordem jurídica portuguesa uma modalidade de aceitação distinta da tradicional, que se vai exteriorizar não por ato simples, mas por meio de um procedimento<sup>88</sup> formado por uma manifestação de vontade preliminar por parte do consumidor – que será início de aceitação ou proposta, dependendo da circunstância de ser a publicidade em relação à qual se destina oferta ou convite a contratar –, a qual pressuporá, em momento subsequente, nova confirmação para fins de efetiva formação do vínculo negocial. Para tanto, foram consideradas as vicissitudes próprias do meio eletrônico, já que, em caso de erro na primeira manifestação de vontade – possibilidade bastante plausível em face da frequente pequena familiaridade do consumidor com o manejo das ferramentas virtuais –, como ainda não há contrato formado, basta que ele, ao assim verificar quando do recebimento do aviso, deixe de confirmar o seu teor para que o contrato não se forme.

O único inconveniente da prevalência desta aceitação reside na sua aparente incongruência com o disposto no n.º 2 do artigo 29 do Decreto-lei n.º 7/2004, que dispensa o envio do aviso de recepção quando a execução do contrato se der em linha (*e-commerce* direto)<sup>89</sup>. Isso porque, nestas hipóteses, a aceitação terá os moldes tradicionais (ato único), já que, não havendo aviso a ser confirmado, a primeira e única manifestação de vontade (ordem de encomenda), desde que a publicidade se constitua em oferta, já tem força formativa do contrato.

Ocorre que como não existe razão, ao menos aparente, para diferenciar a formação do contrato em decorrência da sua modalidade de execução, tendo em conta, para tanto, a *ratio* do aviso de recebimento (segurança para o consumidor acerca do conteúdo da sua manifestação volitiva), este deveria ser obrigatório em ambas as modalidades de comércio eletrônico (direto e indireto), sendo a aceitação sempre externalizada por meio de procedimento

86 Esta é a posição defendida em obra coletiva elaborada pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça. Neste sentido, LARISMA, Susana. *Contratação eletrônica*. In: AAVV. *O comércio eletrônico em Portugal – O quadro geral e o negócio*. Lisboa: ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicação, 2004, p.157; SILVA, Hugo Lança. *A conclusão dos contratos no comércio eletrônico*. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net>. Acesso em: 30 jun. 2020, p.13; PITA, Manuel. *Notas sobre o regime da contratação eletrônica*. *Panóptica*, Vitória, a.1, n.9, jul./ago. 2007, p.93; PEREIRA, Joel Timóteo. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*. Lisboa: Quid Júris, 2004, p.421, dentre outros.

87 Diz-se mais benéfica ao consumidor porque, em caso de não envio do aviso de recepção, estando o contrato formado já na primeira manifestação de vontade (ordem de encomenda em resposta a oferta ao público), comportará execução específica por parte do consumidor, não prescindindo, para tanto, de comportamento positivo do fornecedor consubstanciado no cumprimento do dever de comunicação que lhe é estabelecido. Até mesmo porque o consumidor poderia estar igualmente protegido por vias outras caso não concorde com o conteúdo do aviso de recepção que lhe fosse encaminhado pelo fornecedor ou mesmo caso desistisse do que inicialmente aceito e não mais tivesse interesse na manutenção do vínculo contratual por ele formado. Para tanto, bastaria que resolvesse imotivadamente o negócio com base no direito de arrependimento que a lei lhe concede, extinguindo o contrato já formado, fazendo com que a confirmação deste aviso de recepção (segundo *click*) significasse tão-só a sua anuência com o início da eficácia do contrato.

88 SILVA, Paula Costa e. *Contractação eletrônica*. In: AAVV. *Lei do Comércio Eletrônico Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005, p.187-188.

89 SILVA, Paula Costa e. *Contractação eletrônica*. In: AAVV. *Lei do Comércio Eletrônico Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005, p.188.



(nos moldes do n.º 5 do artigo 29) e não como ato único (na forma do n.º 2 do artigo 29)<sup>90</sup>.

Toda esta controvérsia envolvendo a formação do contrato eletrônico, verificada na ordem jurídica portuguesa, não encontra igual paralelo no Brasil.

Tal ocorre porque a lei brasileira não impõe a obrigatoriedade de envio de aviso de recepção pelo fornecedor, exigindo posterior confirmação pelo consumidor; desse modo, em se tratando de oferta ao público, o contrato está formado desde logo, com a aceitação da proposta contida no sítio, podendo acarretar alterações às condições aceitas apenas por meio do exercício do direito de resolução. Esta é a interpretação que decorre do artigo 434, *caput*, do Código Civil, segundo o qual “[o]s contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida”, implicando em adoção da teoria da expedição para fins de formação do contrato.

É preciso destacar que já existe, no Brasil, uma regulamentação especificamente voltada para o comércio eletrônico: o Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o CDC no que tange à contratação na Internet. Contudo, nem todas as situações previstas no PLS n.º 281/2012 (atual PL n.º 3514/2015) foram englobadas no aludido Decreto.<sup>91</sup> Isso porque, do meio eletrônico e das suas peculiaridades defluem, ainda, duas questões imprescindíveis de serem abordadas, ambas relacionadas à forma. A primeira, de ordem geral, guarda relação com as manifestações de vontade por meio eletrônico, sendo que, a segunda, específica quanto à aceitação, está relacionada à forma pela qual o consumidor externa a sua aquiescência ao negócio proposto.

Quando se fala dos negócios celebrados pela Internet e às formas empregadas para tanto, trata-se, indiscutivelmente, da problemática envolvendo o documento eletrônico. O tema é vasto e, diante da regulamentação legislativa própria<sup>92</sup> em ambos os ordenamentos em exame, adquiriu autonomia teórica<sup>93</sup>, não podendo ser esgotada no âmbito de uma

90 Ainda sobre o aviso de recepção, independentemente de pressupor ou não contrato já formado, é oportuno que se destaque que, consoante estatui a essência do texto legal, deverá ser célere. Isto é o que se extrai da locução “logo” contida no n.º 1 do artigo 29 da Lei do Comércio Eletrônico, não obstante não se tenha fixado prazo para que tal ocorra. Comentado este dispositivo, José de Oliveira Ascensão refere que, a exemplo da lei espanhola de transposição, não havia razão para que não se estabelecesse um prazo máximo de 24 horas para o encaminhamento do aviso de recepção. Até porque, consoante bem observa, este não guarda qualquer relação com eventual comunicado de impossibilidade de atendimento da encomenda por indisponibilidade do produto ou serviço, que, talvez, não pudesse ser feito em prazo tão exíguo e, por isso, poderia ser feito em momento posterior. Em outras palavras, enquanto na primeira hipótese – aviso de recebimento –, o que se pretende é apenas dar ciência ao consumidor de que a sua encomenda foi recebida, devendo, pois, ser expedida; na segunda – comunicação de impossibilidade de prestação –, o objetivo é trazer ao conhecimento do aceitante uma impossibilidade de fato que justifica o não cumprimento da avença, a qual, por isso mesmo, pode vir a exigir maior tempo para ser conhecida pelo fornecedor e, em razão disso, não obrigatoriamente deva ser informada já no aviso de recebimento.

(ASCENSÃO, José de Oliveira. Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de junho (comércio eletrônico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XLIV, n.1, pp. 215-252, 2003, p.246).

91 Por essa razão, entende-se ser “imprescindível a introdução de uma seção específica sobre a proteção dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, em razão de sua expressiva utilização. Se, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, atualmente é o meio de fornecimento a distância mais utilizado, alcançando sucessivos recordes de faturamento. Porém, ao mesmo tempo ocorre o aumento exponencial do número de demandas dos consumidores. As normas projetadas atualizam a lei de proteção do consumidor a essa nova realidade, reforçando, a exemplo do que já foi feito na Europa e nos Estados Unidos, os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico. Busca-se ainda a proteção do consumidor em relação às mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de exercitar o exercício de direito de arrependimento”. (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Anteprojeto de lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 21, n. 82, abr./jun. 2012, p. 340).

92 Em Portugal, Decreto-lei n.º 290-D/99. No Brasil, regulando parcialmente a matéria, a Medida Provisória n.º 2.200-1/2001 e a Lei n.º 11.419/2006; a maior parte dos pontos, contudo, carece de regulação legislativa, pendendo de apreciação no Congresso Nacional, dentre outros, o projeto de lei n.º 1.59/99, de autoria da OAB/SP, o qual trata das principais questões envolvendo o documento eletrônico e o comércio eletrônico. Ademais, tem-se a iniciativa já citada, PLS n.º 281/2012.

93 A respeito, no direito português, ver SILVA, Paula Costa e. Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos (O novo regime jurídico dos documentos electrónicos). *Direito da Sociedade da Informação*, v. I, out. 1999, p. 201 e ss. No direito brasileiro, da mesma forma, ver GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. A validade jurídica dos documentos digitais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.91, n. 805, nov. 2002; DINIZ, Davi Monteiro. Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 2. n. 6, abr./jun. 2001, pp. 52 e ss.



investigação voltada às relações de consumo no comércio eletrônico.

O que interessa, neste estudo, é a averiguação da validade formal e a prova dos atos negociais – *rectius*, das manifestações de vontade – veiculadas no comércio eletrônico, porquanto se “o contrato mais não é do que o encontro das declarações confluentes das partes”, “a forma dele é a forma delas”<sup>94</sup>. E as dúvidas agravam-se no que toca ao comércio eletrônico, uma vez que o problema de maior monta está em garantir a identidade dos contratantes quando da emissão do consentimento, nomeadamente em decorrência de serem os riscos de falsificação superiores àqueles verificados nos contratos tradicionais<sup>95</sup>.

No direito português, diante da regra do artigo 25 do Decreto-lei n.º 7/2004, não há espaço para divergências a respeito. Isso porque o seu n.º 1 assevera que o fato de as manifestações de vontade terem-se expressado por via eletrônica e, por conseguinte, levado à formação do contrato, não pode comprometer a validade ou eficácia deste. Ou seja, só não serão consideradas como documento as “representações fugazes” que não permitam a reprodução sequer no computador do consumidor, sendo toda e qualquer outra forma eletrônica suficiente o bastante para fim de prova<sup>96</sup>.

Não obstante esta disposição, inserida em nítido incentivo à contratação eletrônica, na sequência do mesmo dispositivo (n.º 2), são feitas algumas restrições bastante razoáveis ao seu emprego<sup>97</sup>, estabelecendo-se, ao cabo, que nos contratos de consumo esta via não pode ser imposta ao consumidor por meio de cláusula geral (n.º 3 e n.º 4)<sup>98</sup>.

Quanto à prova do vínculo negocial, esta também é uma preocupação da lei portuguesa de transposição do direito comunitário, consoante regra contida no seu artigo 26, com a qual visa legitimar as manifestações de vontade por meio telemático e cancelar a sua relevância jurídica<sup>99</sup>. Com este propósito, reconhece a mesma eficácia atribuída aos documentos escritos às manifestações de vontade veiculadas por computador, desde que encerrem as garantias de “fidedignidade, inteligibilidade e conservação” por eles apresentadas, fazendo remissão, quanto ao documento assinado, à legislação pertinente sobre assinatura eletrônica<sup>100</sup> e

94 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. I, p.559.

95 SÁNCHEZ, Luis Filipe Ragel. A formação dos contratos. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. III, pp. 69-93, ago. 2002, p.88.

96 ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação eletrônica. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, separata, pp. 43-68, jun. 2003, p.53.

97 Segundo o dispositivo referido, “[s]ão excluídos do princípio da admissibilidade os negócios jurídicos: a) Familiares e sucessórios; b) Que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais; c) Reais imobiliários, com excepção do arrendamento; d) De caução e de garantia, quando não se integrarem na actividade profissional de quem as presta”.

98 A doutrina faz críticas a estas disposições por considerá-las despiciendas; para tanto, assevera que vigendo no sistema jurídico português o princípio da autonomia privada, o artigo 25 do Decreto-lei n.º 7/2004 nada mais fez do que reafirmar aquilo que já estava previsto no artigo 405 do Código Civil. A mesma crítica é feita à lei quando afirma a validade da declaração transmitida por internet, porquanto entende-se que tal decorreria do princípio do consensualismo, não se podendo confundir “forma escrita com suporte-papel”. Neste sentido, SILVA, Paula Costa e. *Contractação electrónica. In: AAVV. Lei do Comércio Electrónico Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005, p.183. Acredita-se, contudo, não ser esta a melhor leitura a ser feita do referido artigo 25, porquanto seu objetivo não é permitir às partes que, dentro da sua autonomia privada, possam estabelecer novas formas contratuais, mesmo que por meios não tradicionais como o eletrônico, o que, realmente, já o tinha sido feito pelo Código Civil; parece, S.M.J., tentar impossibilitar sejam impostos, pelos aplicadores do direito, entraves à validade ou à eficácia dos negócios jurídicos celebrados por computador, sendo mais uma norma de conteúdo elucidativo e, quiçá, preventivo de eventuais entendimentos restritivos à contratação por internet, do que de conteúdo constitutivo ou criador.

99 Segundo o artigo 26, n.º 1, “[a]s declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”. Consoante seu n.º 2, “[o] documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação”.

100 Assinatura eletrônica pode ser definida como a “emissão de uma mensagem codificada, criptada, criada por meios que seu signatário pode manter sob o seu exclusivo comando, detectando qualquer modificação ulterior dos dados. Cf. SÁNCHEZ, Luis Filipe Ragel. A formação dos contratos. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. III, pp. 69-93, ago. 2002, p.88.

certificação<sup>101</sup>. Essa é a justificativa para o dever imposto no artigo 31, n.º 1, do Decreto-lei n.º 7/2004 no sentido de que “[o]s termos contratuais e as cláusulas gerais, bem como o aviso de recepção, devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los”.

O tema tende a receber tratamento semelhante no Brasil, mesmo à mingua, ainda, de regulação específica quanto ao comércio eletrônico. Assim, vem-se reconhecendo a validade das declarações de vontade prestadas pela via eletrônica e os contratos por ela celebrados<sup>102</sup>, até mesmo porque não prevendo a legislação civil forma especial para a prática dos atos negociais, não há óbice que se reconheça aqueles realizados pela via telemática, desde que encerrem um mínimo de fidedignidade, inteligibilidade e conservação, tal qual exigido na ordem jurídica portuguesa.

Ao que se pode verificar, ambas as ordens jurídicas apresentam, em maior ou menor grau, inconvenientes na regulação do tema. A omissão legislativa brasileira é notória, exigindo do intérprete um esforço significativo na solução das questões e, gerando, com isso, certa insegurança jurídica diante da possibilidade de pontos de vista variados. Em Portugal, por sua vez, a fragmentariedade das disposições e a sua dispersão em diversos diplomas também é fator que, da mesma forma, exige atenção do interprete, não obstante a regulamentação hoje existente bem atenda as necessidades do comércio eletrônico, até mesmo porque bastante adequada às especificidades do meio virtual.

## 5 À GUIA DE CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, ao se analisar detidamente o ambiente jurídico no qual se inserem os contratos eletrônicos de consumo, foi possível constatar a imperiosidade de sua melhor regulamentação, em lei, à luz das práticas relacionadas ao comércio eletrônico. Mesmo após três décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, ainda pairam incertezas e nebulosidades que se beneficiariam de regulamentação mais cuidadosa.

Proteger e aprimorar a posição jurídica do negociador mais fraco e leigo, na relação comercial do comércio eletrônico, parece ser a finalidade maior da doutrina brasileira e dos projetos de lei existentes sobre o assunto, com destaque para o PLS n.º 281/2012 (atual PL n.º

101 Neste particular, ainda com maiores aprofundamentos sobre a conjugação e/ou sobreposição entre os Decretos-lei n.º 290-D/99 e 7/2004, ver SILVA, Paula Costa e. *Contractação electrónica*. In: AAVV. *Lei do Comércio Electrónico Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005, p.184 e ss., para quem “não estamos perante problemas de forma, mas sim perante questões especificamente ligadas ao suporte da declaração”. No Brasil, o tema foi estruturado na Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que “[i]nstitui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.” O tema foi densamente analisado – e com pioneirismo – por Fabiano Menke, que, em 2005, anotou: “O desenvolvimento dos estudos da criptografia assimétrica possibilitou o seu emprego na assinatura digital, espécie de assinatura eletrônica que constitui, em conjugação com os certificados digitais, meio consideravelmente seguro e eficaz de identificação em ambientes virtuais, bem assim de atribuição de autoria de documentos eletrônicos.” MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 151. Porém, nos anos que se seguiram, o tema avançou e culminou na edição da Medida Provisória n.º 983, de 16 de junho de 2020 – posteriormente convertida na Lei n.º 14.063, de 23 de setembro de 2020, que estruturou uma classificação tripartite para as assinaturas eletrônicas, em seu artigo 2º: (i) assinatura eletrônica simples (inc. I); (ii) assinatura eletrônica avançada (inc. II); (iii) assinatura eletrônica qualificada (inc. III). Para mais detalhes: MENKE, Fabiano. *A MP 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas: comparação com a MP 2.200-2*. *Cryptoid*, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

102 Neste sentido, exemplificativamente: “Em se tratando de contrato eletrônico interpessoal, no qual as partes interagem na manifestação de suas vontades, para a formação do próprio vínculo, independentemente de forma especial, não há como exigir-se a apresentação do contrato por parte da demandada, até porque a própria demandante demonstra que os termos do contrato foram livremente deliberados mediante proposta e aceitação por meio de correio eletrônico. Apelo desprovido” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013028261*. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em: 30 mar. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.).

3514/2015), já com longo trâmite legislativo.

Sendo o hodierno direito digital, cada vez mais marcado pelo anseio em torno da edição de marcos regulatórios mais detalhados, obtemperou-se o fato de já se questionar a suficiência do Código de Defesa do Consumidor para a tutela de relações jurídicas na Internet. E, nesse contexto, foram apontadas diversas questões que, mesmo após trinta anos de vigência do CDC, ainda revelam a necessidade de seu aprimoramento.

Assim, analisou-se a pertinência de temas como a tutela jurídica da confiança, os entrelaçamentos entre aparência e publicidade, o consentimento e a formação da relação contratual a partir de meros *clicks*. A hipótese de pesquisa, buscando inspiração na doutrina e na jurisprudência de Portugal, indicou pontos convergentes e divergentes, o que denota a premência da aprovação de uma reforma mais consentânea com os percalços que, em 1990, inexistiam.

Sem se desconsiderar a relevância do microsistema de proteção haurido a partir da conjugação de marcos normativos entrelaçados em prol da proteção do ciberconsumidor – pessoa que é, via de regra, leiga e vulnerável no trato jurídico do ciberespaço –, amealhou-se, no curso da investigação, uma série de nuances importantíssimas para concluir que o crescente uso da Internet para a formalização negocial apenas faz ecoar a urgência de que o Congresso Nacional atue em prol da aprovação do projeto de lei que trata do comércio eletrônico – e dos demais a ele correlacionados – para avançar virtuosamente no sentido do efetivo amparo ao consumidor e às relações de consumo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, Teresa. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de junho (comércio eletrônico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XLIV, n. 1, pp. 215-252, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação eletrônica. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, separata, pp. 43-68, jun. 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação em rede informática no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 78, separata, pp. 57-85, jul./ago. 2006.

AZAR, María José. El consentimiento en la contratación de consumo por internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, pp. 27-47, abr. 2002.

BARROS, João Pedro Leite. O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. *Estudos de Direito do Consumidor*, Lisboa, n. 14, p. 113-183, 2018.

BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. In: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coords.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017, v. 5.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, n. 12, pp. 169-225, out./dez. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 113012*. 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 18 mar. 1997. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 302174/RJ*. 3ª Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em: 20 set. 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 363939/MG*. 3ª Turma. Rel. Min<sup>a</sup>. Nancy Andri-ghi. Julgado em: 04 jun. 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 390561/PR*. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em: 18 jun. 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 595734/RS*. 3ª Turma. Rel. Min. Castro Filho. Julgado em: 02 ago. 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 63981/SP* 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figuei-redo Teixeira. Julgado em: 11 abr. 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRITO, Igor Rodrigues. Dever de informação nos contratos à distância e ao domicílio. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 7, pp. 477-503, 2005.

BUCAR, Daniel. *Superendividamento: a reabilitação patrimonial da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANTO, Rodrigo Eidelwein do. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super) endividamento: (des)encontros entre a dignidade e a esperança. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO, Jorge Morais. O direito português dos contratos eletrônicos. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 68-92, 2018.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. I.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos. Perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Davi Monteiro. Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 2. n. 6. p. 52-95. abr./jun. 2001.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. A validade jurídica dos documentos digitais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.91, n. 805, pp. 83-98, nov. 2002.

IRTI, Natalino. È vero ma... *Rivista di Diritto Civile*, Milão, a. 45, n. 2, parte prima, pp. 273-278, 1999.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1986.

IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, a. 52, n. 2, pp. 347-364, 1998.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, pp. 87-00, 2002.

KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo*: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

LARISMA, Susana. Contratação eletrônica. In: AAV. *O comércio eletrônico em Portugal – O quadro geral e o negócio*. Lisboa: ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicação, 2004.

LEITÃO, Luís Menezes. A distribuição de mensagens de correio eletrônico indesejadas (SPAM). *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, pp. 191-212, jun. 2003.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos de adesão eletrônicos (*shrink-wrap* e *click-wrap*) e os termos de condições de uso (*browse-wrap*). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coords.). *Estudos avançados de direito digital*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, pp. 9-38, jul./set. 2000.

MARQUES, Claudia Lima. 25 Years to Celebrate: Horizons Reached by the 1990 Brazilian Consumer Protection Code and Horizons to Come, Especially on the International Protection of Consumers. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Eds.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, pp. 65-99, mar. 2002.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 4, pp. 50-93, out. 2000.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Anteprojetos de lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 331-358, abr./jun. 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan (Orgs.) *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*: conquistas, desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado com um “Sistema em Construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, n.753, pp.25-48, jul. 1998.

MENKE, Fabiano. A MP 983 e a classificação das assinaturas eletrônicas: comparação com a MP 2.200-2. *Cryptoid*, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/a-mp-983-e-a-classificacao-das-assinaturas-eletronicas-comparacao-com-a-mp-2-200-2-por-fabiano-menke/>. Acesso em: 30 jun. 2020.



- MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n.º 153, jan./mar. 2002.
- MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002.
- OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*, Pádua, a. 44 n. 5, pp. 525-533, set./out. 1998.
- PEREIRA, Joel Timóteo. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*. Lisboa: Quid Júris, 2004.
- PINTO, Paulo Mota. Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 5, pp. 183-206, 2003.
- PITA, Manuel. Notas sobre o regime da contratação electrónica. *Panóptica*, Vitória, a.1, n.º 9, jul./ago. 2007.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso de Revista n.º 03B3971*. Rel. Cons. Santos Bernardino. Julgado em: 29 mai. 2003. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso de Revista n.º 99B869*. Rel. Cons. Ferreira de Almeida. Julgado em: 18 nov. 1999. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70013028261*. 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em: 30 mar. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Cível n.º 71001411644*. 2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais. Rel. Juiz Eduardo Kraemer. Julgado em: 17 out. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Cível n.º 71001507490*, 2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais. Rel. Juiz Clovis Moacyr Mattana Ramos. Julgado em: 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SÁNCHEZ, Luis Filipe Ragel. A formação dos contratos. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. III, pp. 69-93, ago. 2002.
- SILVA, Hugo Lança. *A conclusão dos contractos no comércio electrónico*. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- SILVA, Paula Costa e. A contratação automatizada. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, v. IV, pp. 289-305, jun. 2003.
- SILVA, Paula Costa e. Contractação electrónica. In: AAVV. *Lei do Comércio Electrónico Anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005.

SILVA, Paula Costa e. Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos (O novo regime jurídico dos documentos electrónicos). *Direito da Sociedade da Informação*, v. I, pp. 201-228, out. 1999.

VIDE, Carlos Rogel. En torno al momento y lugar de perfección de los contratos concluidos vía internet. *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra, Coimbra, n.º 2, fev. 2001.

---

**Recebido em:** 08/07/2020

**Aprovado em:** 30/10/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

TEIXEIRA NETO, Felipe; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Contratos eletrônicos de consumo nos 30 anos do código de defesa consumidor: reflexões à luz das experiências brasileira e portuguesa. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.145-171, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA O CONHECIMENTO DA REALIDADE DOS FATOS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

## THE PROCESS AS AN INSTRUMENT FOR KNOWING THE REALITY OF FACTS AND EFFECTIVE RIGHTS

Albino Gabriel Turbay Junior<sup>1</sup>  
Ana Cláudia do Nascimento de Souza<sup>2</sup>  
Thaís Nakaoka Balan<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho teve por objetivo analisar o processo e seu papel como instrumento para o conhecimento da realidade do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário, para que ao final, o juiz profira a sentença em um processo desenvolvido de forma justa, compreendendo de forma efetiva os fatos da relação jurídica. Tendo em vista que o fato discutido não pode ser recriado, as partes e o juiz devem realizar a busca possível para se aproximar de uma verdade de forma racional, isto por meio de princípios, técnicas e procedimentos aplicados. Neste sentido, é de suma importância a análise da jurisdição e da instrumentalidade do processo, do processo de conhecimento, da compreensão da realidade, da busca da verdade e do dever do juiz expor suas compreensões, valoração das provas que representam os fatos e motivação de sua decisão, concretizando o direito material de forma justa por meio do processo. Este artigo é resultado de pesquisa teórica, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica em doutrina e legislação.

**Palavras-chaves:** instrumentalidade do processo; direito e realidade; concretização de direitos.

**ABSTRACT:** This paper aimed to analyze the process and its role as an instrument for the knowledge of the reality of the concrete case presented to the Judiciary, so that, in the end, the judge pronounces the sentence in a process developed fairly, effectively understanding the facts of the legal relationship. Given that the fact discussed cannot be recreated, the parties and the judge must undertake the possible pursuit to approach a truth rationally, through applied principles, techniques and procedures. In this sense, it is extremely important to analyze the jurisdiction and instrumentality of the process, the process of knowledge, the comprehension of reality, the search for truth and the duty of the judge to expose his understanding, valuation of the evidence that represents the facts and motivation of his decision, concretizing the material law fairly through the process. This article is the result of theoretical research, using bibliographic research on doctrine and legislation as methodology.

**Keywords:** process instrumentally; law and reality; realization of rights.

---

1 Doutor em direito pela Instituição Toledo de Ensino ITE/Bauru. Professor na graduação, especialização e no programa de mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR).

2 Graduanda do Curso de Direito e participante do Programa Externo de Bolsas de Iniciação Científica (PEBIC) CNPq/UNIPAR 2018/2019 da Universidade Paranaense (UNIPAR).

3 Graduanda do Curso de Direito e participante do Programa Externo de Bolsas de Iniciação Científica (PEBIC) CNPq/UNIPAR 2018/2019 da Universidade Paranaense (UNIPAR).

## 1 INTRODUÇÃO

Viver em sociedade é pressuposto da existência de tolerância, no entanto, pela condição humana, os conflitos podem surgir naturalmente, mas, em uma sociedade que vive em um Estado de Direito, ou seja, normas que norteiam as condutas e a convivência social, abdica-se, como regra, à autotutela e é depositado nas mãos do Estado-Juiz a confiança para que solucione os casos que lhe são apresentados e promova a pacificação social.

Essas demandas, cada uma com suas peculiaridades, possuem inúmeras pretensões de tutela jurisdicional, e, portanto, deve haver soluções específicas para cada caso particular, para cada necessidade.

Todo caso apresentado ao Poder Judiciário para ser julgado representa uma realidade ocorrida e que envolve as partes e seus interesses dentro de uma relação jurídica. O juiz não esteve presente no fato ocorrido, bem como, não compõe a relação jurídica de direito material que envolve as partes, mas no exercício da jurisdição precisa resolver da forma mais justa o conflito e promover justiça, a justiça para aquele caso concreto.

Para que isto aconteça, ou seja, a justiça do caso concreto, torna-se importante o papel do processo e sua instrumentalidade para que a realidade dos fatos seja revelada durante as fases processuais de forma democrática, especialmente no processo de conhecimento, que tem como objetivo a certificação do que ocorreu, da realidade.

Neste sentido, o processo precisa de técnicas, métodos e procedimentos para que o juiz possa alcançar a realidade dos fatos, possa analisar a melhor forma de resolver o caso, e assim, dar a solução mais justa.

Para esta investigação, por meio da análise das normas constitucionais, da legislação processual e da doutrina, será importante uma reflexão sobre jurisdição e instrumentalidade do processo, das normas constitucionais como fonte do direito processual e do processo como instrumento para o conhecimento da realidade e efetivação de direitos.

## 2 A JURISDIÇÃO E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A jurisdição é a manifestação do poder estatal para o controle e pacificação de conflitos, sendo uma das funções essenciais do Estado de Direito, surgiu com a Revolução Francesa e as ideias liberais do Século XVIII e XIX, propiciando, a partir de Montesquieu, um delineamento da separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, assim, a atividade jurisdicional não deveria sofrer interferências do Poder Legislativo ou Executivo, característica dos Estados Democráticos<sup>4</sup>.

Araújo<sup>5</sup> e Medina<sup>6</sup> destacam a importância da manifestação do poder estatal, pois representa uma garantia fundamental do cidadão, no qual a jurisdição deve encontrar estrutura e limites por meio de premissas fixadas na Constituição Federal. Significa que, no exercício da jurisdição já não se pode mais decidir de forma arbitrária como no regime absolutista, deve-se, portanto, subordinar-se ao sistema constitucional e suas normas.

Medina<sup>7</sup> explica: “A jurisdição é uma das funções do Estado [...] prestado pelo Poder Judiciário, através do processo [...]”, sendo o processo um mecanismo de exercício da jurisdição para resolução de problemas.

---

4 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 280-281.

5 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 280.

6 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

7 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.

Quando a solução pacífica não é possível de realizar, é inegável a essencial participação estatal como meio de trazer estabilidade social às partes, além disso, o monopólio da atividade jurisdicional evidencia que a solução definitiva do conflito deve possuir sempre o consentimento do Estado, ainda que não haja participação direta do juiz. Neste aspecto, a arbitragem se destaca como um modelo alternativo (Lei n. 9.307/96), embora sua decisão arbitral constitua um título executivo judicial, somente poderá ser executada em juízo (art. 515, VII do CPC), a qual terá os mesmos efeitos da sentença judicial de acordo com o artigo 31 da Lei n. 9.307/96, permanecendo seu caráter jurisdicional. Ainda, mesmo já instaurado o processo, na existência de conflitos que permitam autocomposição, o juiz deverá incentivar a mediação ou conciliação entre as partes. Nesse sentido, é possível inferir que a estrutura da atividade jurisdicional revela o grau de maturidade da organização social<sup>8</sup>.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>9</sup> fazem uma análise sobre as teorias que fundamentam a jurisdição, podendo identificar as seguintes teorias: jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados; teoria da atuação da vontade da lei; a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, teoria de Chiovenda; a justa composição da lide, doutrina de Carnelutti.

A jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados tem vinculação com valores do Estado liberal e com o positivismo jurídico, tendo como característica a igualdade formal, a liberdade individual e a não interferência do Estado nas relações privadas e a subordinação do Executivo e do Judiciário à lei. Na ideia desta concepção de jurisdição, por proteger a liberdade individual contra a interferência do Estado o juiz atuaria apenas depois que os direitos subjetivos privados foram violados, pois, antes disso, ou seja, atuar por prevenção, seria uma interferência indesejada, assim, não seria admitida uma tutela preventiva. Sua característica privatista mostra que a jurisdição se preocupava apenas com a reparação do dano<sup>10</sup>.

Para a teoria da atuação da vontade da lei o papel da jurisdição é para a afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico, caminhando para uma linha publicista da jurisdição. Conforme Marinoni, Arenhart e Mitidiero esta concepção da jurisdição tem seu início com Lodovico Mortara, no entanto, os autores deixam claro que mesmo que Mortara tenha revelado a natureza pública da jurisdição, permaneciam os valores do Estado liberal, mantendo a ideia do juiz como subordinado ao legislador em apenas atuar conforme a vontade da lei<sup>11</sup>.

A teoria de Chiovenda entende a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, assim, reforça a natureza pública da jurisdição e a separação entre a ação e o direito material, porém, embora este tenha contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, não tentou inserir o processo civil em um plano social, e nem se despreendeu da ideologia liberal, mantendo-se na linha do positivismo clássico, sendo a função do juiz aplicar a lei ditada pelo legislador ao caso concreto<sup>12</sup>.

---

8 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 283.

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 38-46.

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 38-39.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.40.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.



A teoria de Carnelutti partiu da ideia de lide, o conflito de interesses para definir a ideia de jurisdição, ele se preocupava com a finalidade das partes visando a importância do processo a partir de um interesse privado. Carnelutti partia da concepção de que a lei é insuficiente para compor a lide, apontando a necessidade de um juiz concretizar a norma abstrata por meio de sentença, fazendo particular a lei para as partes<sup>13</sup>.

Desta forma, a diferença entre as concepções de Chiovenda e Carnelutti é de que a primeira se preocupa com a atividade jurisdicional em declarar a vontade da lei, mas não produz uma nova regra, já a segunda não deixa de declarar a lei, mas se preocupa na composição da lide por meio de sentença, a qual o juiz irá criar uma regra individual a partir da norma geral. No entanto, ambas as teorias continuam subordinadas à supremacia da lei, no sentido de apenas promover a declaração da lei<sup>14</sup>.

Apesar da evolução da jurisdição da natureza privatista para a pública, as teorias apresentadas são vinculadas a ideia de Estado Liberal, individualista e de um positivismo clássico, o que não se adequa com a complexidade social e as necessidades de um Estado Constitucional Democrático que valoriza os direitos fundamentais.

Neste sentido, o papel do exercício da jurisdição pelo Estado deve ser de atender as novas demandas e de proteger os direitos fundamentais, reconhecendo que a mera declaração da lei é insuficiente para um sistema complexo e para uma Constituição estruturada por princípios que absorvem os valores sociais e que precisam resolver as diversidades.

O processo é o meio pelo qual todos tem uma condição democrática da busca pela concretização de direitos subjetivos fundamentais, assim, a função da jurisdição deve romper a barreira de meramente declarar o que foi legislado pelo legislador, mas, na atividade interpretativa alcançar a norma aplicável a partir da realidade social.

O processo, portanto, é peça fundamental para a atuação da jurisdição junto às partes que o demandaram, no entanto, ele não pode ser imposto à sociedade, e sim reconhecido e legitimado, neste sentido Dinamarco<sup>15</sup> conclui:

Naturalmente, essa legitimidade tende a caminhar para graus mais elevados e animadores, à medida que o próprio sistema se aperfeiçoe, com maior abertura do canal de acesso, maior celeridade na produção dos resultados, menos formalismo na busca da boa solução, ou seja, à medida que se aproxime do ideal representado pela plena efetividade do controle jurisdicional.

Ao falar de legitimidade do processo, deve-se levar em conta que todo meio deve revelar seu objetivo a ser alcançado, além disso, deve ser recebida e sentida pela sociedade a qual o utiliza. Portanto, a sua legitimidade (do processo) está fundada de acordo com o grau de utilidade desse instrumento, ou seja, se é o meio que mais possui demanda, ela produz um resultado, talvez não o melhor, mas o melhor possível existente perante as limitações humanas.

Além disso, para que a jurisdição seja executada, faz-se necessário o uso do processo como peça fundamental e instrumental para realização da função, dessa forma, esclarece Dinamarco<sup>16</sup> : “Todo instrumento como tal é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”.

---

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 42.

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 42-46.

15 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

16 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181.

É certo que todo instrumento tem um alvo a ser objetivado, neste aspecto, é vago dizer que o processo é um meio sem estar acompanhado de seus objetivos mediante sua utilização. Para tanto, é preciso compreender a jurisdição por intermédio de seus escopos, nesse sentido, Dinamarco<sup>17</sup> faz menção à importância da finalidade de um processo e aponta: “o processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico”.

No que tange ao caráter político, o processo tem o papel de contribuir para “a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado”<sup>18</sup>. Assim, no exercício da jurisdição, um processo justo deve ser voltado para a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, proporcionando segurança jurídica nas relações, mas principalmente, em um Estado Democrático de Direito, seu escopo político é revelado com a abertura para participação e o reforço dos valores da cidadania.

Dinamarco<sup>19</sup> acentua seu caráter em relação de culto ao valor de liberdade, ou seja, a não interferência do Estado em algumas esferas individuais, tais como podem ser traduzidas na técnica, como o habeas corpus e o mandado de segurança, ou na ação popular, que demonstra a participação da população nos destinos da sociedade brasileira.

Já o caráter jurídico depende da escolha entre a teoria unitária ou dualista, neste sentido Dinamarco<sup>20</sup> entende importante esta discussão “[...] definição do escopo jurídico a partir da oposição entre a teoria dualista e a unitária, porque isso significa, afinal, revelar o exato ponto de inserção do processo no universo do direito”. Nesta escolha já não faz sentido entender o escopo jurídico do processo como a simples tutela dos direitos, tornando improdutivo pensar como escopo jurídico a produção de decisões e da coisa julgada.

O escopo jurídico tem a ver com segurança jurídica, com a adequada interpretação das leis a partir das questões sociais, compreendendo seus valores e aplicando no caso concreto. Partindo dessa percepção, é vago fazer a afirmação de que a norma jurídica (resultado da interpretação) criada no Estado Contemporâneo serve apenas para conformar a legislação às normas Constitucionais, na verdade, ela abrange mais dois papéis importantes, no tocante à proteção de direitos fundamentais em caso de omissão do legislador ou a melhor escolha quando há colisão entre direitos ante o caso concreto, conformando um controle de constitucionalidade.

Dinamarco<sup>21</sup> por fim, analisa a função jurisdicional em relação à consciência do escopo social. Este caráter está intimamente ligado no que diz respeito ao exaurimento das insatisfações, conflitos, bem como obter precisão nas decisões, ainda, o escopo social tem a ver com a educação das pessoas para respeitar os direitos dos outros e para o exercício dos seus próprios direitos.

Um dos pontos mais importantes é o acesso da população à justiça (art. 5º, inciso XXXV da C.F 88 – constitui não só o direito de ação, mas também de um processo justo, efetivo e de razoável duração) com o aprimoramento do sistema, conscientizando direitos e obrigações, trazendo a perspectiva de uma educação para a população, conscientização de que autotutelando os problemas nem sempre é a melhor solução, por isso, a criação da ideia da não limitação do povo em buscar o Poder Judiciário para isso, seja por receio, ou motivos financeiros.

---

17 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 188.

18 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 166.

19 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 167-168.

20 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.217.

21 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 165.

Ainda sobre a natureza instrumental do processo, Araújo<sup>22</sup> faz menção ao fim da discussão sobre a autonomia do direito processual, e ressalta que o seu desafio é em relação à aproximação com o direito material diante de seu caráter instrumental, como princípios e pressupostos processuais, bem como todos os mecanismos adequados existentes para solução dos conflitos e do direito material, com tutelas adequadas.

### 3 NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL

Fontes formais do direito são os meios em que as normas jurídicas se apresentam à sociedade, constituídas por uma fonte material que tem o poder de criação e imposição dela, surgindo, assim, o chamado Direito positivo. Para Nader<sup>23</sup> fontes formais são: “meio de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas”.

A lei pode ser denominada como fonte formal direta do direito, existindo, ainda, as fontes indiretas que são utilizadas quando a lei não faz previsão para um caso, como costumes e jurisprudência.

No caso da lei processual civil, Theodoro Júnior explica que<sup>24</sup>: “Lei Processual Civil é toda aquela que disciplina a função jurisdicional desenvolvida pelos juízes e tribunais, quando convocados pelos titulares de interesses jurídicos em conflito na órbita civil *lato sensu*”.

Neste sentido, seria fonte formal direta o Código de Processo Civil e as demais leis processuais civis previstas. Entende Dinamarco<sup>25</sup> portanto, que são fontes formais do direito processual civil a própria Constituição Federal e os demais atos que ela prevê ou consente. Dessa forma, é preciso atentar-se que as leis processuais civis não são criadas à vontade do legislador, mas sim de acordo com sua fonte maior, a própria Constituição.

Medina<sup>26</sup> expõe que para a atuação das partes e do Poder Judiciário deve ser compreendido que o processo é um espaço no qual deve se materializar os princípios inerentes ao chamado “Estado Democrático de Direito” (art. 1º da C.F de 88), sendo assim, a Constituição Federal é o ponto de partida para o trabalho do processualista. Além disso, destaca que o texto da lei ou a definição de um princípio não se resume ao sentido do direito, estes são apenas pontos de partida para a chegada da norma, no entanto, a norma é fruto de interpretações realizadas para a resolução dos problemas.

No mesmo pensamento, para Theodoro Júnior<sup>27</sup> o processo não é regido apenas por leis processuais propriamente ditas, mas que há uma sistemática normativa dentro da Constituição para isso, a existência de princípios que assumem a categoria de norma jurídica, e por isso, integram o direito processual, independente de regulamentação.

Dinamarco<sup>28</sup> expõe o Direito Processual Constitucional como: “método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”. Significa dizer que, o processualista contemporâneo no uso do processo como instrumento a serviço da ordem constitucional, precisa refletir os preceitos do regime democrático.

---

22 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 72-73.

23 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 167.

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

25 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 84.

26 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82-84.

27 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

28 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 259.

Diante disso, Dinamarco<sup>29</sup> aponta este método constitucionalista como o estudo da relação entre Constituição e processo, a tutela constitucional do processo, que segundo o autor, tem o objetivo de assegurar os institutos e funcionamentos do direito processual aos princípios oriundos da Constituição Federal. Concernente aos princípios, a Constituição impõe expressamente alguns deles que devem prevalecer nos processos de qualquer espécie.

Para Medina<sup>30</sup> e Dinamarco<sup>31</sup> muito desses princípios e garantias processuais convergem para um núcleo em comum, o devido processo legal, derivando deste os demais como: a) inafastabilidade do controle jurisdicional; b) ampla defesa e contraditório; c) motivação das decisões judiciais; d) isonomia; e) juiz natural; f) publicidade, entre outros.

O princípio do devido processo legal, em seu aspecto formal, traz a ideia de que o processo deve estar estabelecido por lei, assim, suas fases (procedimento) devem ser respeitadas conforme estabelecidas. Além disso, Araújo<sup>32</sup> expõe a outra face do devido processo legal, a substancial, no sentido do devido processo legal ser um dado essencial ao Estado de Direito, e conclui: “um processo justo só será possível se todas as garantias constitucionais forem respeitadas em relação a todos os sujeitos processuais”.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra-se base na Constituição Federal de 1988, que consta em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com Nery Junior<sup>33</sup> o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é norma constitucional que tem como destinatário final o legislador, porém, o comando constitucional atinge a todos, assim, ninguém, nem mesmo o legislador, pode impedir que o jurisdicionado apresente sua pretensão em juízo.

Ainda, Araújo<sup>34</sup> cita o artigo 3º do Código de Processo Civil com o mesmo conteúdo - “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” - e destaca que: “a leitura de ambos os dispositivos não deixa dúvidas quanto à consagração do direito fundamental à tutela ressarcitória (lesão) e inibitória (ameaça)”. Assim, fica claro o papel do Judiciário antes do acontecimento do dano e por fim não deixa de lembrar que nos casos de tutela preventiva, a Constituição também abrange o mandado de segurança preventivo (art. 5º, LXIX) e o habeas corpus preventivo (art. 5º LXVIII).

A ampla defesa e contraditório, encontram-se previstos igualmente no art. 5º, inciso LV da C.F: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É evidente que o direito de defesa não é característica de um Estado democrático de Direito, com isso, Portanova<sup>35</sup> nos elucida que: “a ampla defesa é uma consequência do contraditório”, ou seja, o contraditório se dá no momento que a parte toma o conhecimento de todos os atos que estão sendo tomados no processo, e após isso, tem o direito de alegar, bem como provar o que está alegando com total liberdade.

Além disso, Portanova<sup>36</sup> conclui que em um Estado democrático de Direito o contraditório deve ser pleno e efetivo, ou seja, que não deve existir limitações injustificáveis ao trabalho da

29 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 260.

30 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 120.

31 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 269.

32 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 106-107.

33 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

34 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 131.

35 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. Ed. Porto Alegre: Portaria do Advogado, 1999, p. 125.

36 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. Ed. Porto Alegre: Portaria do Advogado, 1999, p. 126.

parte com o fim de demonstrar seu possível direito, e afirma: “todos os meios necessários deverão ser empregados, para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro”. Portanto, só se pode afirmar a existência do contraditório e ampla defesa em uma lide, se os direitos forem distribuídos de forma igualitária para ambas as partes.

O princípio da motivação recai, especialmente, no momento da sentença. A motivação está expressa no artigo 93, IX da Constituição Federal e no artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015. Conforme Araújo<sup>37</sup>: “A motivação representa a publicidade do móvel do julgador, permitindo o conhecimento de seus critérios, o que representa forma de controle da legalidade e constitucionalidade do julgamento e permite a revisão da decisão judicial”.

Importante destacar, conforme Wambier e Talamini<sup>38</sup> que mesmo se o princípio da motivação não estivesse expresso em legislação, seja na Constituição ou na legislação processual infraconstitucional, sua decorrência é implícita ao modelo político do Estado Democrático de Direito.

O princípio da isonomia encontra base tanto na norma Constitucional no art. 5º do caput, quanto no artigo 139, I NCPC:

CF 88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

NCPC Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:  
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Theodoro Júnior<sup>39</sup> explica que embora haja normas que garantem a isonomia para ambas as partes no processo, haveria quebra desta isonomia se a escolha do processo a ser julgado, perante os diversos que estão pendentes, pudesse ser feita sem o respeito da ordem cronológica de conclusão.

Ademais, Araújo<sup>40</sup> destaca a projeção desse princípio como um elemento essencial do contraditório: “[...] pois a igualdade é uma condição de nivelamento de armas no desenvolvimento da relação processual”.

A respeito do princípio do juiz natural, sua localização está no artigo 5º da Constituição Federal em dois incisos: “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Nota-se que neste princípio traz uma responsabilidade ao julgador da lide, seja no comprometimento e presença, bem como na atenção no momento de ouvir as partes. Araújo<sup>41</sup> demonstra a importância da participação ativa do juiz no processo: “O juiz representa o próprio Estado de Direito, na medida em que as partes abrem mão da autodefesa, confiando a solução de seu conflito ao Poder Judiciário”.

Por fim o princípio da publicidade. Nada mais é que a abertura dos atos a conhecimento público, a fim deste realizar a fiscalização da administração pública, a fim de evitar abusos. Por

37 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. t. 2. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 411.

38 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 78.

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119.

40 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 120.

41 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138.



outro lado, conforme Dinamarco<sup>42</sup>, a publicidade é uma projeção “da garantia constitucional do direito à informação”. Neste sentido, vincula-se a ideia de fiscalização, informação e a transparência dos atos processuais.

#### **4 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA O CONHECIMENTO DA REALIDADE E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

A análise sobre jurisdição, a instrumentalidade do processo e as normas constitucionais como fonte do direito processual, são fundamentos ao tema específico que se propôs esta pesquisa, analisar o processo e sua instrumentalidade para o conhecimento da realidade e efetivação de direitos.

Neste sentido, todo o diálogo para a compreensão da realidade dos fatos que são apresentados ao Poder Judiciário tem como plataforma o processo que serve de instrumento para investigar o que de fato ocorreu e com isso efetivar o direito dentro de um padrão de justiça.

Para isso, alguns pontos são importantes: o conhecimento da realidade, a compreensão do processo de conhecimento, a busca da verdade pelo processo e o dever de motivação.

##### **4.1 O conhecimento da realidade**

Bazarian<sup>43</sup> diz que no processo do conhecimento participam os sentidos, a razão e a intuição, mas deve ser indagado sobre qual deles seria a fonte, a origem do conhecimento humano.

Há várias teorias que tentam responder esse questionamento, contudo é necessário compreender primeiro o que é conhecer. Para Miguel Reale<sup>44</sup> “é trazer para nossa consciência *algo* que suponhamos ou pré-supomos fora de nós. O conhecimento é uma conquista, uma apreensão espiritual de algo. Conhecer é abranger algo tornando-nos senhores de um ou de alguns de seus aspectos”.

Hessen<sup>45</sup> ainda pontua que no processo do conhecimento a consciência e o objeto devem se relacionar com reciprocidade, porém ambos não se confundem, haja vista que “a função do sujeito é aprender o objeto; a função do objeto é ser apreensível e ser aprendido pelo sujeito.”

Entrando nas teorias do conhecimento, a primeira a ser abordada é a do idealismo filosófico. Bazarian<sup>46</sup> pontua que para os idealistas a consciência é anterior a matéria, sendo esta apenas produto das ideias. Dentro dessa corrente há duas ramificações, sendo: o idealismo objetivo e o subjetivo. Para aquele, o conhecimento verdadeiro é proveniente de uma ideia absoluta “que existiria objetivamente e eternamente, antes e independente da natureza e dos homens, e que teria criado o mundo, o homem e todas as coisas materiais ou que estas seriam apenas cópias, reflexos ou produtos daquela”<sup>47</sup>. Reale<sup>48</sup> acrescenta que esse idealismo, o de Platão, reduz o real ao ideal, transformando o ser em ideia.

O idealismo subjetivo parte do pressuposto de que “toda a realidade está encerrada na consciência do sujeito”<sup>49</sup>. Reale<sup>50</sup> explica que para eles as coisas não existem por si mesmas,

---

42 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 307.

43 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 99.

44 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

45 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20.

46 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 54.

47 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 54.

48 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.

49 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 56.

50 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.

mas sim, na medida em que são pensadas ou representadas.

Por fim, Hessen<sup>51</sup> afirma que apesar das diferenças essenciais entre as duas correntes a diversidade acaba em uma intuição fundamental comum: o objeto do conhecimento não é algo real, e sim ideal.

Divergindo da corrente idealista tem-se o realismo, e para esta corrente há “a preeminência do objeto, dada a sua afirmação fundamental, de que *nós conhecemos coisas*”<sup>52</sup>. Desse modo, para essa vertente “existem coisas reais, independentes da consciência”<sup>53</sup>.

Para Reale<sup>54</sup> quando o homem aceita como real as coisas que sua mente menciona, sem produzir qualquer questionamento, temos o racionalismo ingênuo, que é anterior a filosofia. Porém, “quando o realismo indaga de seus fundamentos e procura demonstrar que suas teses são verdadeiras, é que surge propriamente a atitude filosófica” denominada de realismo tradicional<sup>55</sup>.

Há também o realismo crítico que distingue-se dos outros ao “admitir que conhecer é sempre conhecer *algo* posto fora de nós, mas que, se há conhecimento de algo, não nos é possível verificar se o objeto, que nossa subjetividade compreende, corresponde ou não ao objeto tal como é em si mesmo”<sup>56</sup>.

Sendo assim, “as propriedades ou qualidades da coisa apreendida por nós apenas por meio de *um* sentido, como cores, sons, odores, sabores, etc., existem apenas e tão-somente em nossas consciências”<sup>57</sup>.

Por esta razão, com “exceção feita aos fatores quantitativos (tamanho, forma), tudo mais que é exibido nos conteúdos perceptivos (cor, sabor, etc.) deve ser posto na conta do sujeito”<sup>58</sup>.

Ainda buscando responder qual a origem do conhecimento, há a corrente empírica, tendo como axioma fundamental que “nada existe no intelecto que antes não tenha estado nos sentidos”<sup>59</sup>. Hessen<sup>60</sup> ainda acrescenta que para os empiristas todos os conhecimentos humanos, até os mais universais, provem da experiência humana.

Importante destacar, ainda sobre o conhecimento, o chamado racionalismo. Bazarian<sup>61</sup> explica que para esta corrente os sentidos enganam, desse modo não podem conduzir atenção um conhecimento verdadeiro. Assim sendo, apenas a razão poderia alcançar a verdade, haja vista que “um conhecimento é verdadeiro somente quando é logicamente necessário e universalmente válido”.

Continuando na busca da verdade há o dogmatismo, sendo a “corrente que se julga em condições de afirmar a possibilidade de conhecer verdades universais quanto ao ser, à existência e à conduta, transcendendo o campo das puras relações fenomenais e sem limites impostos *a priori* à razão”<sup>62</sup>.

Para Chauí<sup>63</sup> o dogmatismo é uma atitude natural e espontânea do ser humano, pois o ser humano acredita que o mundo é exatamente da forma que ele vê. Por fim, Reale<sup>64</sup> afirma que quase sempre o dogmatismo traduz-se na crença do poder da razão e/ou intuição como

51 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 84.

52 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

53 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 73.

54 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

55 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116-117.

56 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

57 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 74-75.

58 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 75.

59 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 99.

60 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 54-55.

61 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 100.

62 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158.

63 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 94.

64 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

forma de ter acesso ao real em si.

Por fim, é importante mencionar como correntes sobre o conhecer, as correntes subjetivista e relativista, que afirmam que “a verdade certamente existe, mas é limitada em sua validade. Não há verdade alguma *universalmente válida*”<sup>64</sup>.

Hessen<sup>65</sup> ainda diz que na corrente subjetivista há restrição de validade da verdade a pessoa que conhece e julga. Afirma, ainda, que o subjetivismo “faz o conhecimento humano depender de fatores que residem no sujeito cognoscente” diferente do relativismo, que foca na dependência que o conhecimento tem de fatores externos (a influência do meio ambiente, círculo cultural, época, etc). Entretanto, apesar das divergências, ambas as correntes afirmam que “não há qualquer validade geral, nenhuma verdade absoluta”<sup>66</sup>.

Todas as correntes supracitadas tentaram encontrar um conhecimento real. Para Chauí essa busca pela verdade começa quando alguém vê ou ouve algo novo, com o qual não consegue lidar. Essa dúvida e espanto faz com que o ser humano busque saber o que antes não sabia, a fim de sair do estado de insegurança, ou então de encantamento, assim, “o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas”<sup>67</sup>.

Destarte, pode-se perceber que a busca do conhecimento da realidade é algo inerente ao ser humano, que aparece na tentativa de suprir as incertezas em relação ao mundo em que vive.

A atividade jurisdicional em um processo judicial necessita da compreensão da realidade do caso submetido/apresentado, o que importa em uma busca pelo conhecer, com isso, uma atividade que envolve uma metodologia para analisar o objeto do conhecimento e a utilização de instrumentos que possibilitem este conhecimento.

Neste sentido, a importância da perspectiva do processo e sua instrumentalidade, pois, para que o direito material seja devidamente aplicado é relevante que os fatos que representam o caso levado ao judiciário sejam compreendidos por meio do processo e seus mecanismos.

Analisando as espécies de processo, conhecimento, execução e cautelar, o processo de conhecimento tem a principal missão de compreender e determinar os fatos.

## 4.2 O processo de conhecimento como plataforma para busca da realidade

No que diz respeito ao processo de conhecimento no âmbito jurídico, Araújo<sup>68</sup> explica que a tutela jurisdicional só é possível de constatar por meio de seu procedimento, pois é neste momento que se desenvolve toda a atividade voltada para a certificação da alegação do autor e da defesa do réu. Ou seja, este é o processo que tem por objeto discutir os fatos, a produção de provas, fazer a aplicação de normas jurídicas e finalmente o pronunciamento da tutela jurisdicional.

Theodoro Júnior<sup>69</sup> explana sobre a cognição e execução. A primeira diz respeito a uma pretensão contestada conjugado com a necessidade de definir a norma aplicável ao caso concreto. Sendo o caso apenas uma insatisfação da pretensão (devido o direito do autor já estar líquido, certo e exigível) será a segunda opção.

Araújo<sup>70</sup> nos mostra as cinco modalidades de ações utilizadas para a tutela jurisdicional que o processo de cognição engloba: a) declaratória; b) constitutiva; c) condenatória; d)

64 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 36.

65 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 36.

66 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 37.

67 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 90-91.

68 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76.

69 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 730.

70 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76.

mandamental; e) executiva *lato sensu*. Esta classificação é conhecida como classificação quinária das ações.

A declaratória encontra-se no artigo 20 do NCPC, trata-se do objetivo de sanar dúvidas acerca de determinada existência ou não de uma situação ou uma relação jurídica, como declarar a nulidade de um contrato, assinatura falsa ou até mesmo na declaração positiva em investigação de paternidade<sup>71</sup>.

Na segunda, a constitutiva, Wambier e Talamini<sup>72</sup> elucidam: “visam obter a declaração de um direito acompanhadas da constituição, modificação ou desconstituição de uma situação jurídica”. Os autores citam alguns exemplos, como nos casos de ação constitutiva positiva (de contrato de compra e venda definitivo), constitutiva negativa (anulação de contrato por vício de vontade), e, também, os casos de divórcio (extingue o casamento).

A ação condenatória cria uma relação jurídica obrigacional de forma compulsória, ou seja, ao condenado é determinado uma prestação, podendo ser de pagar um valor, fazer, não fazer, dar ou entregar algo de forma obrigatória. Conforme Didier Jr.<sup>73</sup> a ação condenatória promove a afirmação da titularidade do direito à uma prestação, com a condenação do devedor ao cumprimento de tal prestação.

Na classificação tradicional, as ações declaratória, constitutiva e condenatória, encerrariam esta classificação, mas optando pela quinária, desenvolvida por Pontes de Miranda, é preciso incluir a ação mandamental e a executiva *lato sensu*.

Wambier e Talamini<sup>74</sup> explicam que a mandamental é uma imposição de ordem obtida na sentença, e seu descumprimento significa desobediência perante a autoridade estatal, passível até mesmo de sanção penal (artigo 330 Código Penal – crime de desobediência). Alguns exemplos dados são: sentenças no mandado de segurança ou nas obrigações de fazer ou não fazer.

E por fim, há a executiva *latu sensu*, que é quando a decisão judicial alcança execução de forma imediata, sem precisar de uma eventual fase de cumprimento de sentença. Wambier e Talamini<sup>75</sup> esclarecem a diferença entre a sentença condenatória da executiva *latu sensu*: “a ação condenatória produz sentença que, se for de procedência, exigirá nova provocação do interessado, pleiteando o cumprimento da sentença. Já a executiva *latu sensu*, não necessita”. Neste sentido, a própria sentença tem força executiva e a coerção é exercida pelo próprio Estado, como, por exemplo, numa reintegração de posse.

Independente da modalidade de tutela jurisdicional que se pretende e da espécie de ação utilizada, o importante para este trabalho é que o processo de conhecimento é o instrumento para se verificar e certificar-se da realidade dos fatos relatados por meio da petição inicial e da contestação, pois, em qualquer das ações anteriormente analisadas o processo de conhecimento utiliza técnicas para certificação da realidade do caso apresentado.

A petição inicial representa o início da demanda e o princípio da inércia, Paula<sup>76</sup> esclarece: “em vista do Princípio da Inércia do Juiz, o processo civil é marcadamente informado pela iniciativa da parte interessada em provocar a jurisdição”. Quando o autor diz

---

71 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 238-239.

72 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 239.

73 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 19. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017, p. 292.

74 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 240.

75 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 242.

76 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC (Lei n° 13.105/2015 e Lei n° 13.256/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 37.

“marcadamente”, refere-se ao artigo 2º do CPC: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Ainda, o início da ação por meio da proposição da parte visa resguardar a imparcialidade do juiz.

Conforme o artigo 319 do Código de Processo Civil, entre os requisitos da petição inicial, em seu inciso III, está a causa de pedir, ou seja, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, assim, no ato que concretiza sua demanda o autor da ação deve relatar os fatos que determinam o direito pleiteado.

Nota-se que a realidade apresentada ao juízo se dá inicialmente nesse momento, especialmente nos fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir), quesitos estes que irão embasar todo o pedido realizado ao juízo, tal como expõe Wambier e Talamini<sup>77</sup>: “a causa remota consiste nos fatos dos quais o autor diz extrair-se a posição jurídica que ele busca que seja protegida. A causa de pedir próxima é constituída pelos fundamentos jurídicos invocados para a configuração daquela posição jurídica”, e acrescenta “a conjugação do pedido com a causa de pedir (melhor dizendo: o pedido, identificando a luz da causa de pedir) constitui o objeto do processo”. Com isso, fica evidente de que o autor ao demandar uma ação, deve apresentar em sua inicial no mínimo uma relação compatível entre os fatos narrados e seu pedido.

Dinamarco<sup>78</sup> sobre os fatos argumenta que: “A narração dos fatos deve ser suficiente para permitir ao espírito do juiz o ingresso na lógica da demanda proposta”.

E continua o autor sobre a lógica da demanda proposta:

Essa lógica, qualificada como um silogismo, é comandada pela premissa maior estabelecida na lei, tem por premissa menor os fatos afirmados e conclui com o pedido. A premissa maior é ampla, vaga e abstrata (p.ex., todo aquele que causar dano tem a obrigação de reparar); mas a premissa menor deve ser precisa e conter a história completa dos acontecimentos – incluindo nomes de pessoas, localização no tempo e no espaço e uma versão verossímil capaz de demonstrar que, quando provada sua veracidade, as consequências ditadas pela lei se aplicam.<sup>79</sup>

Em relação à contestação e seu conteúdo, ela deve conter tanto a defesa processual (preliminares) quanto a defesa de mérito, e especificamente em relação aos fatos, deve ser levado em consideração o princípio da concentração que determina a preclusão pela não apresentação da defesa de mérito.

Wambier e Talamini<sup>80</sup> esclarecem que:

Após as preliminares, incumbe ao réu formular, na contestação, a defesa de mérito, que tanto pode ser direta, se o réu nega os fatos alegados na inicial ou as consequências jurídicas pelo autor pretendidas, como indireta, hipótese em que o réu afirma a ocorrência de fatos capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor.

Desta forma, conclui-se que tanto a inicial quanto a contestação fazem exposições sobre os fatos que indicam a realidade ocorrida na relação jurídica.

Presentes as exposições dos fatos pelo autor e pelo réu, a ação percorrerá todos os procedimentos até que se chegue a fase instrutória, ou seja, o momento em que as partes

---

77 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 212.

78 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 434.

79 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 434.

80 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.149.



irão produzir provas acerca dos fatos que estão sendo alegados durante o processo, a fim de comprová-los, bem como, proporcionar meios de convencimento para a decisão judicial.

Esta fase é uma das mais importantes para se chegar à realidade do caso apresentado, pois será a oportunidade de comprovação de todos os fatos que se alegam. Paula<sup>81</sup> informa que o processo se aderiu à filosofia positivista, pois, o conhecimento da verdade é verificado por elementos empíricos, como, por exemplo, prova documental e testemunhal, numa perspectiva de racionalidade determinada pelo ordenamento jurídico.

Conforme o artigo 369 do Código de Processo Civil “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, ainda que não especificado no Código. Quando se diz “moralmente legítimo”, enseja um pensamento de que é possível a admissão de provas atípicas, que necessariamente não precisam ser documentadas.

Está presente nessa fase de produção probatória um princípio considerado uma garantia ao cidadão, pois, trata-se da proibição de utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos, com embasamento no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

Sobre os poderes instrutórios do juiz, há a possibilidade do juiz determinar a prova de ofício, como consta no artigo 370 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. O objetivo desse artigo é que quando as provas produzidas pelas partes não são suficientes, o juiz pede de ofício a produção de provas, a fim de que possa elucidar alguns fatos que serão imprescindíveis para seu juízo de valor.

Após esta fase probatória, o juiz, que é o destinatário final das provas, terá maiores condições de, analisando todo o conjunto probatório, formar sua convicção nos limites das provas apresentadas, e, compreendendo com maior amplitude a realidade demonstrada estará preparado para proferir sua decisão.

Uma das importantes reflexões sobre a fase probatória e seu sistema no direito processual, é sobre as provas servirem para a busca da verdade, o que envolve algumas questões: Qual verdade? Há uma verdade absoluta? Quais são os limites da verdade? Tema que é tratado no próximo tópico.

### **4.3 A verdade processual: a superação dos princípios da verdade real e formal**

A ideia de um sistema inquisitório é fundamentada pela busca de uma verdade absoluta, mas tal verdade é inatingível e a insistência pela busca de algo absoluto sempre gerou uma crise no processo, em especial em razão de que neste pensamento absoluto de verdade, as partes passam a ser objeto desta verdade e não os sujeitos de direito.

Esta ideia resultou nos princípios da verdade real e verdade formal, como se houvesse uma verdade fora do processo e outra dentro do processo, a partir das provas produzidas.

Didier Jr., Braga e Oliveira<sup>82</sup> no sentido da impossibilidade de uma verdade absoluta, com base no pensamento de Michele Taruffo, fazem a seguinte reflexão:

Como dito por Michele Taruffo, nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas.

---

81 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 298.

82 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016, p. 53.

Toda discussão sobre a “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual se deve preocupar também o processo – é aquela relativa a um determinado contexto.

No mesmo sentido, Theodoro Júnior<sup>83</sup> destaca que mesmo que o objetivo específico do processo não seja a busca da verdade real, uma vez que esse elemento absoluto é algo inalcançável pelo juiz, a missão deste é de perseguir a verdade possível dentro de suas limitações humanas, sendo que esta busca representa uma decisão que pode ser considerada justa.

Portanto, é possível inferir que o juiz na perseguição da veracidade das versões expostas a ele, não deve provocar, em hipótese alguma, uma violação do princípio da imparcialidade e independência do juiz.

Após observar as etapas em que o processo se desenvolveu ao longo da história é perceptível que o papel da jurisdição deixou de ser apenas um meio para a solução de conflitos, passando a propiciar não só a realização dos direitos, mas especialmente assegurar a paz social. Além disso, nessa etapa é fundamental a cooperação entre o juiz e a sociedade, uma vez que o objetivo de elidir litígios da forma mais justa e efetiva é desejo tanto dos sujeitos do litígio, quanto da comunidade em geral.

Cabe ressaltar que para essa aplicação da norma mais justa e adequada, o juiz deve ter o conhecimento da realidade dos fatos, a fim de efetivar os direitos. Sendo assim, é importante compreender técnicas, princípios e o próprio direito processual como instrumento para tal.

Para que o processo, em relação à busca da verdade, permaneça no espírito democrático é preciso considerar que esta busca deve ser racional, compreendendo que a verdade ao contexto que é apresentado<sup>84</sup>.

Neste sentido, importante o pensamento de Buffon e Vieira<sup>85</sup>:

Não há qualquer utilidade ou relevância para o Direito, que a doutrina permaneça fragmentando a verdade, como se para cada situação fosse possível a coexistência de diversas verdades subjacentes, cada qual com a sua peculiaridade. Quando se argumenta que existe para um mesmo fato a verdade do autor, a do réu, outra judicial que emerge da sentença e ainda a verdade extraprocessual apreendida somente por quem presenciou a situação em tempo real, pergunta-se: quantas verdades podem coexistir acerca de um mesmo acontecimento? Pois se realmente há inúmeras verdades como ensina parte da doutrina, de antemão já se esbarra em um paradoxo: com tantas verdades contrapostas, a verdade – com a ciência do pleonasma – é que nenhuma delas é verdade.

Assim, é preciso superar a dicotomia da verdade real e formal, e compreender o processo como um método de investigação que tem como objetivo a solução justa do caso, fundamentado no princípio democrático e na busca da verdade possível, uma verdade substancial, frente ao contexto apresentado.

---

83 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

84 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016, p. 53.

85 BUFFON, Marciano; VIEIRA, Gustavo Silveira. O mito da verdade material: análise teórico-epistemológica da legislação relativa ao processo administrativo tributário e sua aplicação pelo CARF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p 13-27, set./dez. 2017, p. 20-21.

#### 4.4 O convencimento do Juiz e o princípio da motivação

Realizada a análise dos fatos e as provas existentes em todo o período do processo de conhecimento, chega-se então ao momento do juiz proferir sua decisão na sentença. Paula<sup>86</sup> comentando sobre o significado de sentença, tratada no artigo 203 parágrafo 1º do CPC de 2015 conclui que este novo código conceitua sentença como um ato de extinção de fase processual, e não como ato de julgamento, tendo como conteúdo as hipóteses do artigo 485 ou 487, extinguindo a fase de conhecimento com ou sem exame do mérito.

Porém, independente do conceito que a sentença deva ter em um sistema jurídico, e cada sistema faz suas adequações, a garantia do espírito democrático da sentença, ou de qualquer decisão judicial, é afirmada pelo sistema de convencimento do juiz a partir das provas e por sua fundamentação.

Sobre o convencimento do juiz o Código de Processo Civil de 1973 trazia em seu artigo 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Neste caso, o juiz era livre para formar seu convencimento, acrescentando peso maior ou menor que entender cabível em cada caso. No entanto, esse sistema foi sendo distorcido ao longo do tempo no sentido de uma liberdade ilimitada do juiz na apreciação das provas.

O risco era de que o juiz poderia usar de um poder de escolha de quais provas seriam ou não capazes de formar seu convencimento, gerando uma indignação das partes envolvidas, e até mesmo um ato de injustiça.

Por consequência, o Novo Código de Processo Civil de 2015 retirou a palavra “livre” na formação de seu convencimento, utilizando o sistema da persuasão racional e restabelecendo a imparcialidade do juiz e retirando a possibilidade de uma forma discricionária de agir. Além disso, o novo Código adota a cooperação de todos os participantes do processo para o mesmo fim, que se dá num processo justo.

Sobre o convencimento do juiz Humberto Theodoro Junior<sup>87</sup> comenta que ao verificar o artigo 371 NCPC, limita-se o juiz em dois aspectos no momento da decisão, a primeira é que essa será baseada apenas nos autos apresentados, já a segunda, necessariamente deverá explicitar os motivos de tal decisão ou convencimento.

No tocante ao primeiro, o artigo 371 NCPC ao dizer: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”, no que se referem às provas inseridas nos autos, essas não pertencem nem ao autor ou réu, sequer ao juiz, torna-se uma realidade no processo no qual o juiz tem a tarefa de persegui-la sendo vedado a ignorar<sup>88</sup>.

Em relação à fundamentação, está prevista na Constituição no artigo 93, IX, e, também reproduzida pelo NCPC em seu artigo 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Quando se trata da decisão judicial em um Estado Democrático as pessoas em geral possuem interesse em saber como o juiz produz sua decisão, inclusive em situações determinadas como um texto vago ou na solução de um assunto que abrange uma grande parcela social, e justamente nestes casos, a forma como ela é compreendida é ainda mais

---

86 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 411.

87 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

88 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

importante, por isso a necessidade de uma justificativa da decisão, visto que isso contribui para o grau de entendimento e certeza do direito<sup>89</sup>.

Neste momento processual da formação da sentença, é preciso observar a imprescindibilidade na utilização de alguns princípios, tais como o da imparcialidade, igualdade, e principalmente motivação da sentença (princípios já percorridos no trabalho).

Faz-se importante ressaltar o relevante papel da motivação da sentença neste momento da ação, ela é o elemento que sustenta o corpo da sentença, bem como acrescenta Araújo<sup>90</sup>: “O Estado de Direito não permite que a motivação das decisões judiciais nasça *sponte propria*, ou seja, de forma arbitrária, mas, sim, com base na norma jurídica e com o subsídio das provas carreadas ao processo, em amplo contraditório”. Conforme o autor a motivação deve refletir de forma analítica toda a atividade realizada pelas partes no processo, protegendo tanto os direitos materiais quanto processuais, que é garantia do Estado de Direito.

O artigo 489 do Código de Processo Civil apresenta os elementos essenciais da sentença, o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Importante ressaltar que sobre os fundamentos o código deixa claro que é o elemento da sentença “em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, assim, ao identificar os elementos essenciais fica evidente que há um dever do juiz em fundamentar, analisar as questões trazidas pelas partes, concretizando os argumentos já apresentados da decisão judicial em um Estado Democrático de Direito.

Mas o ponto mais relevante deste CPC de 2015 sobre as decisões judiciais, assim, se aplicando a sentença, está nos parágrafos do artigo 489:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O Código de Processo Civil de 2015 fortaleceu o dever de fundamentação das decisões a partir de hipóteses em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial”, impedindo fundamentações com a citação apenas do ato normativo, vagas, genéricas, sintéticas e contrárias ao pensamento jurídico consolidado na jurisprudência sem a devida justificação.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>93</sup>: “O novo Código dedicou especial atenção à

89 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-136.

90 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

fundamentação da sentença no que tange à interpretação do direito.” E ainda, os autores fazem uma conclusão do que seja considerada uma decisão fundamentada conforme os artigos 93, IX, da Constituição, e os artigos 7º, 9º, 10, 11 e 489 do Código de Processo Civil, sendo exigido desta decisão:

i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada<sup>94</sup>.

Analisando as exigências levantadas pelos autores citados para que uma decisão seja considerada fundamentada, está evidente que o Código mudou de patamar a aceitação das fundamentações, descartando um comodismo judicial no momento de explicar os motivos que levaram à decisão, demonstrando que há uma responsabilidade em promover de forma analítica a verificação do que foi debatido pelas partes em um processo, tanto numa ordem fática, quanto jurídica.

Neste sentido, há um dever do juiz de apurar os fatos que compuseram a relação jurídica discutida no processo, e de que a sua percepção destes fatos, bem como sua qualificação jurídica e todas as consequências decorrentes dos fatos, deva estar devidamente explicada no momento da sentença, desta forma, garantindo que o processo foi a plataforma adequada para o conhecimento da realidade dos fatos e preservando a instrumentalidade para a justa aplicação do direito material.

## 5 CONCLUSÃO

O processo é um instrumento para o exercício da jurisdição, mas, ao mesmo tempo que serve para o Estado cumprir sua atividade jurisdicional, o processo é disponibilizado à sociedade para dar efetividade aos direitos, adequando-se ao perfil democrático de um Estado Constitucional, assim, o processo não tem como meta apenas sua própria técnica e um escopo jurídico, pois, em razão de ser um espaço de discussão e de concretização dos direitos materiais, demonstra os escopos social e político.

O estudo analisou a forma como os conflitos chegam até o conhecimento do julgador, de que forma ele toma ciência dos fatos e das questões jurídicas envolvidas, ou seja, promove conhecimento da realidade (tanto pelo ponto de vista filosófico e jurídico) e forma seu convencimento, aplicando adequadamente o direito.

Ficou evidente que no processo a verdade absoluta é inalcançável, mas que a busca de se chegar o mais próximo de uma verdade deve ser racional e em um processo democrático. Para isso, para que o processo como método de investigação seja eficiente, é necessária a apresentação dos fatos e fundamentos na inicial, especialmente a correlação destes com o pedido de determinada tutela jurisdicional, bem como na contestação, tendo em vista que no

---

91 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-136.

92 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

93 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 442.

94 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 443.



final, a sentença será justamente o reflexo da compreensão dos fatos.

Para que a sentença seja efetivamente o reflexo de todas as discussões envolvidas no processo, especialmente para que seja compreendida a realidade dos fatos que determinaram a relação jurídica discutida e para que a sentença represente a justiça sobre esta relação, há o dever da fundamentação que requer análise profunda sobre o conteúdo probatório e a devida motivação das escolhas realizadas pelo juiz.

Por fim, para que se exista um processo justo, é imprescindível a observância de técnicas, procedimentos e princípios processuais aplicados que limitam atos que contenham imparcialidades, obscuridades e injustiças, realizando assim, o mais importante e fim social para qual o processo foi constituído.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t. 1. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. t. 2. São Paulo: Malheiros, 2020.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988.

BUFFON, Marciano; VIEIRA, Gustavo Silveira. O mito da verdade material: análise teórico-epistemológica da legislação relativa ao processo administrativo tributário e sua aplicação pelo CARF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p 13-27, set./dez. 2017.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 19. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC* (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. Ed. Porto Alegre: Portaria do Advogado, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

---

**Recebido em:** 29/11/2019

**Aprovado em:** 27/11/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

TURBAY JUNIOR, Albino Gabriel; SOUZA, Ana Cláudia do Nascimento de; BALAN, Thaís Nakaoka. O processo como instrumento para o conhecimento da realidade dos fatos e efetivação de direitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.172-191, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



**Newton**

ISSN 1678-8729