

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 51 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2023



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

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.51, set./dez. 2023

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

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

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

Alexandre Walmott Borges | Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, Minas Gerais, 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 Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

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

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

Daniel Brantes Ferreira | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

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 Piazzari 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

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 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 Colombero 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 | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 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 | Pontifícia 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

DE LOS DIFERENTES ENFOQUES PARA UNA CONSTITUCIÓN
JUAN CLAUDIO MOREL.....13-25

(IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DAS IMPORTÂNCIAS
DEVIDAS AO ERÁRIO, POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)
CLAUDIO LISBOA DE SOUZA | JONAS RODRIGO GONÇALVES
DANILO DA COSTA.....26-47

DA PRIVACIDADE E DO DIREITO À INFORMAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
CLAUDIO LISBOA DE SOUZA | JONAS RODRIGO GONÇALVES
DANILO DA COSTA.....48-69

O TRATAMENTO DE CONFLITOS DISCIPLINARES NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO TRABALHO: APONTAMENTOS SOBRE O TERMO DE ADEQUAÇÃO
DE CONDUTA FUNCIONAL
MÁRCIO DUTRA DA COSTA | FABIANA MARION SPENGLER.....70-83

COMBATE À CORRUPÇÃO COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO HUMANISMO INTEGRAL DE JACQUES MARITAIN
ILTON GARCIA DA COSTA | DIOGO RAMOS CERBELERA NETO | MARCOS CÉSAR BOTELHO.....84-98

EMPODERAMENTO CONSTITUCIONAL DA DIVERSIDADE: O PLURALISMO FAMILIAR
PAUTADO NA IGUALDADE
FRANCINI FONSECA ZANOVELLO | MARILAINE MOREIRA DE JESUS |
PATRÍCIA BORBA MARCHETTO.....99-114

A EFETIVIDADE DA CONSTRUÇÃO DO ESTADO AMBIENTAL PELO PROCESSO CONSTITUCIONAL:
O CASO DO AMIANTO CRISOTILA
LUCIANA COSTA POLI | ALOÍSIO BOLWERK.....115-135

A CONDIÇÃO JURÍDICA DE REFUGIADO DOS HAITIANOS DESLOCADOS AO BRASIL
APÓS O TERREMOTO DE 2010
BRENO KITZMANN KRUG | FELIPE KERN MOREIRA.....136-157

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 A4* 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 último número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2023 (n.51, set./dez. 2023).

O presente número do Periódico se compõe 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.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se tem construída a partir da produção científica de renomados pesquisadores no cenário jurídico nacional e internacional e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

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.

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 Dr. Michael César Silva
Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

DE LOS DIFERENTES ENFOQUES PARA UNA CONSTITUCIÓN

APPROACHES TO THE CONSTITUTION

Juan Claudio Morel¹

RESUMEN: En este artículo me propongo explicar de qué manera distintas formas de pensamiento inciden en el texto de una Constitución ya sea en su redacción o en su interpretación para asumir medidas de gobierno, de modelos de legislación y de juzgamiento o simplemente la opinión de la sociedad de su tiempo.

Palabras clave: concepción; enfoque; ley natural; ley humana; ley eterna; ley positiva; Constitución.

SUMMARY : I propose to explain how different ways of thought the law, affects the text of a Constitution, whether in its text or its interpretation to assume government measures, legislation and judging models, or simply the opinion of each society at its time.

Keywords: conception; approach; natural law; human law; eternal law; positive law; Constitution.

¹ Doctor en Derecho. Universidad de Alicante. Profesor Titular. Intr. Cas PP y Derecho Constitucional. UNICEN sede Tandil/Argentina.

1 INTRODUCCIÓN

En este artículo se habla de concepciones sobre la Constitución, esto es lo que se piensa que es una Constitución y luego lo que se piensa que debe ser su aplicación de acuerdo también a las ideas vigentes en la época. No es lo mismo la protección constitucional del niño o la mujer en este siglo, que en 1853 cuando los constituyentes escribían la primera Constitución argentina vigente, vale observar solamente que en aquel tiempo no hubo mujeres entre los constituyentes y en la actualidad las mujeres son legisladoras y constituyentes o integrantes del poder judicial. Los tiempos han cambiado y con ello la idea general sobre lo que una Constitución es, o debiera ser, o lo que nosotros pensamos que debiera ser. Ahora bien, esas ideas generales responden a corrientes de pensamiento que están bien delimitadas en sus contornos y que responden a toda una forma de ver al mundo y la vida, ya sea desde visiones cristianas o ateas; taoístas o aborígenes; evangélicas o agnósticas por citar algunos ejemplos que vienen a la memoria en este momento. Y se enmarcan en distintas corrientes de pensamiento o de saberes de salvación tales como el positivismo y el jusnaturalismo de los que posteriormente derivan las diferentes concepciones sobre la Constitución.

Explicar este último contrapunto es la finalidad, para que se pueda apreciar que las ideas que subyacen en la letra de cada Constitución no son inocentes ni culpables, que no son abstractas, sino que responden a toda una visión del mundo primero y de la Nación después, motivo por el cual se ha perfeccionado una Constitución que se mira en los grupos de poder y presión que de forma directa o por lobby hacen incorporar en su letra. Vale adelantar algunos debates tales como la incorporación del sostenimiento del culto católico² y la cláusula sobre el derecho de réplica con tanto debate en 1992 que tuvo por protagonista a uno de los mejores constitucionalistas de la Argentina: Miguel Ángel Ekmedjan que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que se hiciera lugar su reclamo³ y sea considerado en el futuro⁴, desde 1992, parte del plexo jurídico constitucional, posteriormente incluido en la reforma de la de 1994.

Al final, debiera quedar claro en qué consisten las dos ideas centrales que dan título a esta clase: el “jus naturalismo” y el “jus positivismo” y su relación con el carácter de Derecho Positivo que tiene toda Constitución escrita.

2 DE LAS CONCEPCIONES

La primera idea que surge de este título es que hay diferentes concepciones en el momento de concebir una Constitución. Esto que parece obvio, sin embargo, es frecuente que pase desapercibido y se disimule que siempre el texto final es un promedio de las distintas ideas que pugnan por reflejar su testimonio en el texto constitucional. No hay que perder de vista que finalmente el articulado constitucional surge del poder que se manifiesta por medio del voto en una Asamblea Constituyente. Y así como hay disposiciones que se aprueban otras se descartan. Pero no son ideas abstractas, sino ideas concretas defendidas por representantes o convencionales de distintos grupos de poder que pugnarón por hacer triunfar sus posiciones en las que algunos indefectiblemente ganan y otros pierden.

2 Artículo 2 Constitución argentina.

3 CSJN fallos Tomo 315, p.392. In re “Ekmedjan vs Sofovich, Gerardo s/ D. de Replica” <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ekmedjian-v-sofovich/?lang=es>.

4 <https://www.jstor.org/stable/40176340> (Ingl).

Estas posiciones son alimentadas por concepciones sobre la naturaleza de la Constitución, sea generales o particulares. En consecuencia, son posturas rivales de presencia obvia en cualquier debate sobre esta naturaleza, el problema surge cuando aparecen lecturas diferentes sobre el mismo texto. Vale como ejemplo que una cuestión es debatir si se debe sostener el culto católico apostólico romano⁵ en el artículo 2° de la Constitución argentina, y otra muy distinta es discutir distintas lecturas sobre el artículo 2°. Una discute la esencia misma y la otra da por sentada la esencia y discute su alcance por ejemplo si un Obispo debe recibir un sueldo pagado por el Estado. La perspectiva es parecida, pero sin embargo es de una diferencia radical porque en el primer caso se trata de un principio y en el segundo de una regla o a lo sumo de una propiedad⁶. Y los principios gobiernan a las reglas y no al revés. Distinguir las distintas concepciones es fundamental, como se puede ver, porque unas prevalecen sobre otras según el lugar que ocupen en este reparto y se aplican de diferente manera⁷.

Las distintas concepciones sobre la Constitución son el alimento del debate intelectual y político de cada siglo. Piénsese el caso de la citada cláusula religiosa, o el del garantismo, el ambientalismo, el feminismo. Una idea sobre el problema lo representa la posición política de asumirla como meras propiedades insertadas en el texto constitucional y otra muy diferente encontrarlas como principios rectores, esto es que en una ponderación deben imponerse sobre el resto, no pueden coexistir con el mismo valor de las demás propiedades, sino que indefectiblemente asumen un desnivel a su favor en caso de peligro institucional como lo fué el caso de la Pandemia de Covid-19 (Coronavirus), incertidumbre, conflicto interno o externo. En otras palabras, no se trata de advertir qué propiedades integran una Constitución (Si la Argentina es una República, si es Federal, etc.) sino de advertir que algunas de las normas constitucionales prevalecen sobre el resto. Tal la importancia de distinguir una concepción de otra entre las ideas que prevalecen en el tiempo que nos toca vivir. Veremos a continuación algunos ejemplos de concepciones que inciden en el formato constitucional.

3 DE LAS DIFERENTES CONCEPCIONES

En este apartado, desarrollamos sumariamente algunos ejemplos sobre distintas concepciones que han admitido su tipificación por su reiteración a lo largo de la historia constitucional de estos últimos dos siglos aproximadamente. Es la vieja pregunta por la legitimación de las prácticas políticas y donde encuentran no solo su justificación sino su explicación. En otras palabras, se trata de ideas que persiguen suministrar técnicas para saber cómo se debe interpretar, analizar o diseñar una Constitución.

Por estas razones y la vastedad del campo de estudio, no trata este análisis de ejercer pretensiones para un desarrollo exhaustivo, sino meramente enumerativo y con la finalidad de brindar ejemplos para exhibir las diferentes concepciones en un formato de marco teórico. Después de todo, de eso trata la Universidad, de ofrecer formatos o instrumentos teóricos que hagan asequible la infinita conducta humana cuando se manifiesta en forma social o colectiva.

En lo que sigue de este punto 3, seguimos a un autor español⁸ que ha sintetizado cuidadosamente algunas de las concepciones referidas y que por lo tanto se resume y traduce a un lenguaje más sencillo y asequible. Con esta advertencia, en las siguientes

5 Debate sobre el artículo 2°CN.

6 DWORKIN, Ronald. Un tema de principios. Harvard UP. Cambridge, 1985.

7 ALEXY, Robert. El concepto y la validez en el Derecho. Barcelona: Gedisa 1997, p.75.

8 AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. *En: Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, p.23.

páginas, presentamos las siguientes concepciones: mecanicistas, normativa, procesal, sustantiva, política y jurídica que ni agota ni pretende agotar todas las concepciones posibles, solo exhibir las más comentadas.

3.1 Concepción mecanicista

La primera de estas concepciones o formas de interpretación de la Constitución que se presenta es la concepción mecanicista. Enfatiza que la eficacia de una Constitución depende del adecuado diseño institucional para la política y la justicia que se encuentre en el articulado constitucional. Si una constitución realmente es eficaz (alcanza sus fines y realiza sus valores) tiene un diseño que permite desalentar las conductas contrarias a la Constitución porque serán imposibles o altamente improbables.

Se llama mecanicista porque trata de establecer una conexión que se denomina “mecánica” por su carácter causal o cuasi causal entre el diseño institucional de los poderes (Poder Legislativo, Poder Judicial, por ejemplo) que representan los “medios” en este caso y la eficacia de la Constitución misma que en este ejemplo asume el papel de “fines” de la Constitución en el momento de ser concebida por los constituyentes, por ejemplo la inclusión del Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica en la Reforma de 1994, se trataba de reforzar el carácter democrático de la sociedad argentina para el futuro. El medio, es la novedad de la presencia de un verdadero anexo en el texto constitucional argentino, que incluyó a todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y como anexo que es integra ahora el texto constitucional, forma parte de la Constitución misma sin necesidad de reenvío. Por esa razón, desde la Reforma de 1994, este Pacto de San José de Costa Rica, firmado en 1984 por el Gobierno argentino y ratificado su ingreso como derecho argentino positivo vigente, tiene jerarquía constitucional porque el fin es hacer realidad la política de los Derechos Humanos en todo el territorio argentino. La consecuencia “mecánica”, “mecanicista” o “causal” entre fines y medios o dicho en otra forma, entre la eficacia de los valores impregnados en la Constitución (por ejemplo, los Derechos Humanos) y el diseño correcto de los órganos de poder que los deberán aplicar, es tan importante para esta concepción que relativiza la dimensión normativa.

3.2 Concepción normativa

En esta concepción, se pone el acento en que la eficacia de una Constitución depende más de su capacidad para regular la conducta de los sujetos importantes de realizar la eficacia con prohibiciones y establecimiento de deberes. Lo importante en esta posición es que la conducta desviada aparezca claramente identificada en el orden jurídico como conducta cuya realización entraña una consecuencia punitiva (causas de corrupción y consecuencia de cárcel) y que la conducta deseada por el orden jurídico aparezca como debida para el ciudadano, por ejemplo, mantenerse en su casa y sin salir a la calle en caso de la declaración de una cuarentena para conjurar una epidemia. No se pone énfasis en la regulación constitucional sino en la regulación posterior (el Código Penal y los delitos contra la democracia, el jury de enjuiciamiento para Jueces de conducta desviada). Se enfatiza la regla de control antes que la regla y el principio constitucional.

3.3 Concepción procesalista

La tercera de estas concepciones en el orden de exposición es la procesal, procesalista o también denominada procedimental⁹. El autor que ha enseñado esta concepción, John Rawls, distingue tres tipos de concepciones de tono procesal y que consecuentemente da lugar a tres tipos de justicia procesal: pura, perfecta e imperfecta. Los dos primeros son vistos

como infalibles si se cumple su condición: seguir el procedimiento, el último no. Veamos la razón por la cual este autor nos hace esta triple propuesta:

3.3.a Justicia Procesal Pura

Esta concepción nos indica que se mantiene todo dentro del proceso, todo está contenido y depende del proceso. Así, una sentencia es justa (la sentencia es la conclusión o resultado de un proceso judicial, es el final de un expediente y con ello se clausura, en principio, el proceso) cuando está dada por el cumplimiento estricto del procedimiento dispuesto para el caso. En otras palabras, la justicia de un resultado está dado exclusivamente por el procedimiento seguido para obtenerlo ... "un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado solo cuando es efectivamente observado"¹⁰... Los criterios de interpretación también están dentro del proceso, todo está en el proceso, no se debe buscar nada fuera del proceso porque nada hay fuera de él.

En un enfoque más coloquial, el diálogo con un alumno debería ser presentado en tales términos:

Quiere tener justicia? Pues entonces, siga el procedimiento (hay una demanda y una contestación de demanda, medidas de prueba, alegatos y sentencia) Si Ud. quiere justicia, fíjese cuál es el procedimiento e ingrese en él y despreocúpese, el procedimiento hace todo por Ud. y en el final el resultado será infaliblemente justo, contenido en una sentencia que no tendrá errores ni injusticias porque la sentencia resume y contiene un procedimiento que fue estrictamente seguido y por ello el resultado es la justicia. No existe el mundo, solo existe el proceso que el expediente refleja y contiene y que es la única evidencia de su desarrollo y cumplimiento. El operador lo único que puede mirar es el proceso y por ello debe tener la vista fija en el expediente sin que sea necesario mirar el mundo que lo rodea. ¿Ud quiere ser justo en el otorgamiento del régimen comunicacional de los hijos para el papa o mama divorciados? Siga el procedimiento a pie juntillas que al final Ud. tendrá justicia.

3.3.b Justicia Procesal Perfecta

Esta concepción es parecida a la anterior, sólo que nos presenta una variante que por ser sencillo de explicar no es menos radical. Aquí sí podemos buscar criterios orientadores fuera del proceso, se trata también de un procedimiento infalible que conduce a un resultado justo, *pero sigue criterios independientes del proceso*. Este subrayado es la única y fundamental diferencia. Todo es igual, sólo que el operador puede buscar criterios orientadores fuera del expediente, es decir que se puede buscar la justicia fuera del proceso. En otras palabras, se sigue enfocando el expediente pero sin esperar solamente que llegue justicia a partir del cumplimiento del procedimiento en forma estricta, sino por el acercamiento de criterios para operar que están en el mundo, y fuera del proceso. El operador aquí puede mirar para los costados y aplicar en un proceso las justas proporciones de las cosas que tiene a su alrededor o cualquier otro criterio que lo ayude a darle a cada uno lo que corresponde. En el ejemplo del caso anterior: ¿Ud quiere ser justo en el otorgamiento del régimen comunicacional de los hijos para el papa o mama divorciados? Pues entonces, siga el procedimiento a pie juntillas, pero mire para los costados, tome ejemplos de la vida, mire otros divorcios, fíjese en su matrimonio o

9 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. FCE México, 1979, p.106 citado por AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit., p.31 y ss.

10 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. FCE México, 1979, p.106 citado por AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit., p.31 y ss.

en el de sus amigos, recuerde otros expedientes en los que intervino, consulte la jurisprudencia y lea la doctrina y al final Ud. tendrá justicia. Por estas razones se dice que este tipo de justicia es una variante de la concepción mecánica o mecanicista que vimos en páginas anteriores.

3.3.c Justicia Procesal Imperfecta

Esta concepción acepta que un proceso puede no ser infalible y por lo tanto seguirlo a pie juntillas no es garantía segura de llegar a un resultado justo. El procedimiento solo puede crear una tendencia de:

[...] resultados justos, pero no es infalible, no es posible diseñar un procedimiento que asegure la justicia del resultado en todos los casos; es decir hay criterios independientes del procedimiento para valorar la justicia del resultado y el procedimiento, aunque esté especialmente diseñado para producir dichos resultados justos no puede asegurar el valor de los mismos [...].¹¹

Para comentar este caso, vale la pena recordar cualquiera de las películas en las que Hollywood nos recuerda la condena de un inocente, con estricto cumplimiento del procedimiento. Nos viene a la memoria la película “El crimen de Cuenca¹²” en la aparece con vida años después, quien había sido tenido por muerto y se tiene que producir la liberación del condenado por el crimen. Hubo otro caso conocido en estos días sucedido en Oklahoma en 1974 en los que se condenó a un inocente que transcurrió 48 años en prisión hasta que se dictó su libertad¹³. En el expediente no había una sola evidencia sobre las torturas recibidas por el reo para dar confesión sobre el asesinato y hasta lo describió con lujos de detalles, pero este nunca había existido (sino está en el expediente no está en el mundo, porque después de todo el procedimiento es infalible). Se siguió estrictamente el procedimiento, se llegó a un resultado y se condenó, ergo se hizo justicia. Sólo que el muerto estaba vivo y se había casado en otro pueblo, situaciones posibles en la España de principios del Siglo anterior donde las comunicaciones no son las de hoy.

3.3.d Resumen

Llegados a este punto, le pregunta es cómo se relaciona esta concepción con el orden constitucional. Sucede que la Constitución también tiene procedimiento. ¿Alguien nos puede asegurar que el historial de Jury de enjuiciamiento¹⁴ a todos los magistrados se ha realizado correctamente siempre y que su procedimiento se ha respetado con criterios internos o externos? ¿Que el Consejo de la Magistratura arribó siempre a conclusiones justas? ¿Suponemos que el procedimiento se ha seguido siempre, pero ello nos asegura el desarrollo de un resultado justo, aún más, de un proceso justo? ¿La destitución de jueces de la Corte Suprema de Justicia en los años posteriores al menemismo fue justa¹⁵? ¿La designación de

11 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. FCE México, 1979, p.106 citado por AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit., p.32.

12 OLIVER OLMO, Pedro; GARGALLO VAAMONDE, Luis. «Tortura gubernativa y Estado liberal». En OLIVER OLMO, Pedro (Ed.). *La tortura en la España contemporánea*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020, p.23-84. Vd reseña: <https://doi.org/10.1387/hc.22570>.

13 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articulos/c72yzn7v11yo>.

14 Artículo 115 CN Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado. Nacional Artículo 115 Constitución Nacional

Jueces para ese Tribunal a fines de 2015 fue justa habiendo sido realizada por Decreto¹⁶?. ¿Seguir el procedimiento constitucional de sanción y aprobación de leyes es una garantía de actuación justa del Estado frente a la comunidad a la que se debe¹⁷?

3.4 Concepción sustancial

La cuarta de estas concepciones en el orden de exposición que se propone en esta clase es la sustancial o de principios. Y que Aguiló Regla denomina “sustantivismo constitucional”¹⁸, en el que entiende que esta es una teoría que

[...] no niega el valor del “procedimiento” que enfatizaba la concepción anterior, como condición necesaria para la justicia de un resultado, lo que niega es su carácter de condición suficiente. Por ello, en general, el sustantivismo concede una presunción (pero solo una presunción) en favor de los resultados obtenidos siguiendo el procedimiento considerado justificado [...].¹⁹

Pero es indudable que mantener el ideal democrático, el de igualdad ante la ley, la condición de que todos los votos valen por uno en una democracia sin importar distinciones de ningún tipo importa una sustancia o principios que son los mencionados, pero requieren de una forma o procedimiento: elecciones libres. No se puede una cosa sin la otra. Si las elecciones son fraudulentas se alteran los principios o la sustancia de la Constitución porque sus valores son democráticos, por más que se cumplan con todas las formas del procedimiento hay algo que es fundamental, las elecciones tienen que arrojar la verdadera voluntad del pueblo de elegir a uno u otro. Por ello no alcanza sólo con un procedimiento perfecto que arroje resultados perfectos, también alcanzan los valores perseguidos: se trata de elegir a un presidente por cuatro años o a un canciller para siempre como en Alemania en 1933 o en Rusia en 1917.

Naturalmente las críticas a esta concepción vienen del mismo lugar: Según una autora argentina²⁰, que hace una acertada crítica a Dworkin²¹, este modo de entender la democracia no puede dar cuenta del hecho:

[...] que los sistemas políticos, no obstante ser democráticos, muchas veces toman decisiones injustas. Si se subordina la legitimidad del procedimiento a la justicia de sus resultados, llevando el razonamiento al extremo, ningún sistema político que adoptara decisiones que, desde cierta concepción de la justicia se estimaran incorrectas, podría ser considerado un régimen democrático [...].²²

15 Artículo 53. CN Sólo ella (Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes. <https://www.jstor.org/stable/20454358>

16 Decreto PEN 83/2015. BORA 15/02/2015. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-288291-2015-12-15.html>; <https://www.senado.gob.ar/prensa/14013/noticias>.

17 Ver artículos 77 a 84 CN. Capítulo V De la formación y sanción de las leyes.

18 AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, p.32.

19 Ibí AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, p.32.

20 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.233.

21 DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court?. *Alberta Law Review*, v.28, n. 2, 1990, p.324-346 citado por MORALES, Leticia. Op Cit., p.234.

Además, votar cada dos años no es garantía de la existencia de una democracia plena, porque son muchos otros los derechos que pueden ser vedados a cada uno de los inscriptos en el padrón electoral. Ni tampoco votan todos y los porcentajes varían según la Nación de que se trate.

Finalmente, se trata de elegir un procedimiento que mejor defienda las ideas sustanciales de la constitución y que el legislador debe promover y no disminuir.

3.5 Concepción política vs concepción jurídica

Las dos últimas de estas concepciones son la política y la jurídica y las tratamos en un solo título porque llevan una exposición de mejor desarrollo el trato conjunto de ambos extremos. Como dice Aguilò Regla²³, es frecuente leer en los medios y hasta oír en el lenguaje de todos los días que tal o cual Constitución es una constitución política. Parece obvio porque todas las constituciones del mundo abordan el tema político, sino qué otros temas pueden abordar. Es lógico observar que todas las constituciones cumplen funciones políticas y jurídicas simultáneamente, sólo que algunas tienen predominio en uno y otro sentido. Así se dice, siguiendo a Aguilò²⁴, que una constitución juega un papel más político que jurídico cuando sus normas no penetran en el pensamiento jurídico ordinario de manera que las mismas no se definen como susceptibles de ser aplicadas e interpretadas por los jueces o aun los abogados en sus presentaciones. Por esa razón los operadores en un caso y en otro tienen también diferente prevalescencia. Mientras en las políticas los operadores son los políticos a través de sus partidos y el Gobierno; en las jurídicas siempre hay un jurista que es operador. Ello porque la materia judicial juega en este último caso un rol fundamental al ser los Tribunales de Justicia el intérprete final de la Constitución que al menos en nuestra región siempre se ha mostrado permeable a la influencia del Poder Ejecutivo.

4 JUSNATURALISMO Y JUSPOSITIVISMO

4.1 Introducción

En este apartado explicaremos las ideas que están tras las bambalinas y todavía no han salido a escena, son las que vienen por detrás de las concepciones, las que las animan y de las que no se habla, pero están presentes en cada palabra del articulado de una Constitución. Por lo tanto, iniciamos este último tema, que es el central de este trabajo, con una metodología que presenta dos facetas. Primero se realiza una explicación rápida y sencilla con las notas de un autor que ha tenido la virtud de presentar este debate con notas de una neutralidad que es útil para estos fines expositivos.

Posteriormente, invertiremos los fines de la exposición y presentaremos autores que no son neutrales y que por el contrario estaban comprometidos con las ideas que exponían y aun se pueden leer en sus obras que han quedado para la posteridad y para que sigamos aprendiendo. Tomaremos por caso, a un autor jusnaturalista y a otro positivista, lo suficientemente testimoniales como para considerarlos representativos y daremos una nueva

22 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.234.

23 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.233.

24 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.52 y ss.

explicación sobre el particular. Seguramente el lector de esta publicación, destinada a un público universitario variado y no necesariamente jurista, va a encontrar identificación con algunas de las dos corrientes, quizás pueda encontrar aspectos preferentes, pero lo importante es hacer el esfuerzo por tenerlas presente durante todo el año para comprender, la manera que cada discurso va a estar teñido de los prejuicios que una y otra teoría asume. De esa manera será posible contar con herramientas de análisis útiles a todo tipo de aproximación teórica. Por ejemplo, qué concepciones de las vistas en las páginas anteriores están alimentadas por una u otra teoría. En otras palabras, qué constituciones son capaces de presentar a la sociedad en la que viven, los que militan en una y otra teoría.

4.2 Presentación del tema con pretensiones de neutralidad

Seguimos en este punto, fundamentalmente a un conocido maestro argentino del Derecho Constitucional²⁵, que analiza y explica brevemente estas dos escuelas teóricas con la ventaja de presentar una posición neutral sobre este contrapunto tan polémico en la historia del Derecho y del Derecho Constitucional, con decisiva influencia en el tema que nos ocupa.

Con las advertencias del caso, vale iniciar la exposición con el Derecho Natural, históricamente anterior por más de dos mil años al Derecho Constitucional, y a la aparición de la primera constitución escrita a fines del siglo XVIII, ya sea que se tome la Constitución norteamericana o la francesa.

En la Edad Media

[...] la *lex naturalis* era incluso anterior al Estado y sus reglas estaban por encima de las reglas del Papa o del Emperador, por encima del gobernante y del pueblo soberano; en suma, por encima de la entera comunidad de los mortales [...].²⁶

En frente, la doctrina absolutista que sostenía que la voluntad del príncipe era la fuente de la ley o que todo el derecho provenía del monarca, se trataba de un Derecho escrito en cedulas, comunicaciones y otros medios que exhibían un solo poder que se expresaba mediante tales instrumentos por lo tanto el proceso de formación de la voluntad legal era unívoco (Derecho Positivo). El iusnaturalismo indicaba que ...” *todo acto de soberanía que pasase los límites establecidos por el Derecho Natural era formalmente nulo y sin valor*”. Y que el poder del Estado se hallaba bajo las reglas del Derecho Natural²⁷. En otras palabras, se afirma que por encima del Derecho Positivo (ley humana) existe un Derecho Natural, esto es un conjunto de normas y/o principios válidos para todo tiempo y lugar. Además, el Derecho Positivo es Derecho sólo si concuerda (en sus principios fundamentales, al menos) con el Derecho Natural, es decir si es justo²⁸.

Tal estado de cosas, en las que el Derecho Natural prevalece sobre el Derecho Positivo, tuvo consecuencias sobre el movimiento constitucionalista y también sobre las constituciones escritas que se dictarían al calor de estos enfoques. Entre las notas que surgieron, se encuentran las que siguen:

25 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.2, párg 3.

26 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.2.

27 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.3.

28 ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985, p.43 y ss.

- 1) Hay normas superiores a otras normas jurídicas.
- 2) Si una norma inferior contraviene otra superior es nula.
- 3) La norma inferior debe adecuarse a la superior.
- 4) Hay derechos innatos en el individuo que vienen del derecho natural que no pueden ser alcanzados y menos aún menoscabados por el Derecho Positivo.
- 5) Por ende existen derechos originarios de la comunidad que son previos al Derecho Positivo y por lo tanto tampoco pueden ser tocados por el Derecho Positivo, ni requieren reconocimiento alguno.
- 6) Se reconocen derechos que son del Estado y que tienen una finalidad superior, como el mantenimiento de la paz y la justicia, el bienestar general y la moralidad pública²⁹.

Los juspositivistas, por el contrario, sostienen las siguientes premisas:

- 1) Que el Derecho no es más que el Derecho Positivo, entendiendo por tal el ordenamiento jurídico vigente.
- 2) Que la calificación de un objeto como Derecho es independiente de que sea justo³⁰.

El positivismo jurídico, como toda otra idea cayó en su siembra en todo tipo de tierra. El Tercer Reich tomó al positivismo jurídico al pie de la letra, y llevó a un punto extremista la idea de que *...” el Estado puede ordenar cualquier contenido jurídico, aún aquel que carezca de ética” ...* Con esta concepción de la Ley y del enfoque positivista de lo que la ley debe ser, todo el fundamento jusnaturalista que el Derecho Positivo podía contener se perdía de un solo golpe. Frases que con cierta ironía se pronunciaban con hilaridad o simplemente para graficar una exposición pasaron a ser realidad. Así una orden de matar a todos los pelirrojos o los que midieran menos de un metro setenta podía ser válida siempre y cuando proviniera de quien detenta el poder del Estado. Esta experiencia menoscabó el valor del positivismo como pensamiento *...” cuando el crimen esta contenido dentro de la ley esta deja de ser una expresión positiva del Derecho^{31”...}*

4.2 El Derecho Natural por un jusnaturalista

Seguimos en este punto, a un autor francés³² que fue uno de los exponentes más lúcidos en la Escuela del Derecho Natural del Siglo XX.

El Derecho Natural es en esta inteligencia es la doctrina que nos hace ver que efectivamente deducimos al Derecho de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior de las cosas, para ello es preciso observar fuera de nosotros mismos no solamente la naturaleza verde como un bosque, sino la naturaleza en el sentido más amplio tales como las personas, la familia, las ciudades, los países y hasta el Estado Moderno. Y si bien han sido los hombres y las mujeres los que han creado esas instituciones lo hicieron con el recurso que da la naturaleza en tanto que la especie humana es parte de la naturaleza. Guardadas las proporciones un hombre o una mujer se desarrollan como un árbol o un animal. De este modo, si los grupos sociales han nacido de manera espontánea (sin proyecto que alguno hubiera pensado, por ejemplo “Gobernar es poblar^{33”)} podremos descubrir que el Derecho es

29 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.3.

30 ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985, p.43 y ss.

31 WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*. Montevideo: BdeS, 2004, p.178 y ss.

32 VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p.70 y ss.

el interior de tales grupos sociales. No se trata de buscar una norma expresa sino de buscar relaciones justas, justas proporciones, de buenos repartos de bienes realizados entre los diferentes grupos sociales, ya sea en la ciudad, en cada país, en la familia, en la escuela. Para saber lo que es una buena Constitución deberemos buscar un país donde funcione de la misma manera (como Montesquieu con Inglaterra), que para saber cómo es un buen contrato de trabajo tendré que buscar en las sociedades donde funcione correctamente y si funciona correctamente es porque su diseño corresponde a las justas proporciones de las cosas a imagen de la naturaleza que también tiene justas proporciones³⁴.

De esta manera, será posible observar familias con padres tiránicos y rechazaré el modelo por ser antinatural, es decir sin proporciones justas, de la misma manera es posible observar la Constitución de Alemania, Francia o Guatemala y discerniré cual es la más natural. De este modo la sustancia del Derecho resulta claro que nos ha sido dada con ese modelo de familia o Estado y que de acuerdo a una situación de hechos podamos preferir un modelo de familia o de Estado. Como no soy yo quien ha creado esta flor ni tampoco soy yo quien ha creado esa Constitución tan exitosa deberé buscar su modelo. El hombre o la mujer no son los creadores de su Derecho, por el contrario, el Derecho le ha sido dado, de otra manera el Derecho no podría obligarnos. Y esta es la esencia de la doctrina clásica del Derecho Natural, la negación de la tesis que el hombre sea el único autor de su Derecho porque éste no crea normas (al menos las del Derecho Natural) su tarea es descubrirlas, recopilarlas, abstraerlas de las cosas donde ellas nos están dadas. ¿Quién es entonces el autor del Derecho? La naturaleza misma, o sea un Dios ordenador de la naturaleza que es creador de esas justas proporciones presentes en todas las cosas. No se trata aquí del Dios de la misa sino el de los filósofos al cual todos acceden considerando la naturaleza³⁵.

4.3 El Derecho Positivo por un positivista

En la caracterización del Derecho Positivo seguimos a un autor italiano³⁶ notable por su altura intelectual y uno de los que ha dado más savia al árbol del positivismo.

Por positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del Derecho está caracterizado por una clara distinción entre lo que aquí se denomina y distingue como Derecho real y Derecho ideal o en otras palabras el Derecho como valor y el Derecho como hecho, el derecho que es y el derecho que debe ser. El jurista debe ocuparse del Derecho que es, el Derecho como hecho, o sea el Derecho real. Por esa razón se trata de un Derecho científico, sin pretensiones de emitir juicios de valor y por lo tanto con la eliminación de concepciones finalistas. En otras palabras, este enfoque asume que el positivismo asume frente al Derecho una posición a valorativa y éticamente neutral. Es decir que asume como criterio para distinguir una norma jurídica de una norma no jurídica la identificación de hechos verificables por ejemplo que emana del Congreso de la Nación argentina y que fue publicada en el Boletín Oficial, y que para ser aprobada siguió el procedimiento establecido en los artículos 77 a 84 de la Constitución argentina y que están al alcance de todos y todos pueden leerla para verificar y si hay más dudas es posible pedir el expediente o la desgravación de la sesión y constatar su veracidad. En este punto es indiferente la constatación del articulado de una Ley con la adhesión a ciertos tipos de valores. El positivismo rechaza la adhesión a ciertos tipos de fines,

33 ALBERDI, Juan Bautista. *Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Fundación Bases, 1984, Título XXXI.

34 VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p.70.

35 VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p.73.

36 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p.37 y ss.

por ejemplo, que una ley persiga el bien común o el bienestar general, normas que en este caso serían tomadas por no jurídicas. El jurista positivista no niega que exista un Derecho ideal o natural, previo al positivo. Lo que niega es que tales normas sean Derecho en la misma medida que lo es el Derecho positivo, porque el hecho de no ser vigente es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación jurídica³⁷.

5 CONCLUSIONES

Llegados al final de este debate, es preciso volver a la Constitución y tratar de entender para qué sirve este recorrido para terminar en el punto de partida. Y cómo hacer vinculaciones entre lo leído y nuestra Constitución. Tomemos por caso el apartado constitucional que corresponde a los Derechos Humanos, no importa su ubicación, redacción ni extensión. Luego la pregunta es la misma que se formulaban los militantes de una escuela u otra. Y en ese punto es innegable que existe un tránsito entre los Derechos Humanos tal como los concibe el Derecho Natural hasta el momento en que se los escribe en la Constitución y pasan a ser Derecho Positivo vigente. Pero la cuestión filosófica es otra. ¿Cuando un orden normativo como una Constitución escribe los derechos en sus páginas e ingresan en vigencia ya sea por su cumplimiento o por la jurisprudencia o por su resistencia lo que implica reconocimiento? ¿Cuándo se realiza la incorporación de estos Derechos a la realidad de todos los días? Se lo hace cada día que se reclama por apremios ilegales, que se presenta Acción de Amparo por violación de garantías constitucionales, ya sea la mala liquidación de haberes jubilatorios o temas ambientales. Por esa razón otra pregunta es inevitable. ¿Qué es lo que hay en el tránsito de ese trayecto? Reconocimiento de un derecho existente (naturalismo) o un otorgamiento de derechos previos y ya existentes (positivismo). El carácter declarativo y el constitutivo no es lo mismo, el primero reconoce que hay derechos antes del reconocimiento y el segundo que los derechos nacen cuando el Derecho Positivo los reconoce en su orden jurídico³⁸.

Entonces se ingresa al terreno utilitarista, aunque se desconfie de esta legitimación filosófica que es para otra discusión. Las preguntas desde el punto de vista práctico son las que siguen: ¿Que ocurre en un país cuya Constitución se deroga o queda solo con el nombre y se ingresa a perseguir opositores hasta su exterminio? Se trata de una noticia que sale en los periódicos de hoy. Hay millones de migrantes por causas políticas que son de tan notoria evidencia que no requieren una aburrida cita para su constatación, no hace falta ingresar en la página web de la Cruz Roja o de las Naciones Unidas o de la OEA para constatar lo que es evidente en Siria, Afganistán, Iraq, Yemen, Sudan, Etiopia, Ucrania, Chipre, Haití, Venezuela, etc. ¿Qué ocurre con esa Constitución que si está escrita ha quedado como papel mojado? Cuál es la defensa de un ciudadano que ha caído preso de una banda que invoca la representación del Estado como invoca su carácter de simpatizante de un club de futbol. ¿Existen o no derechos con la constitución escrita o sin ella? ¿Qué derechos invoca un abogado defensor de un perdido ciudadano sirio que quiere emigrar a Grecia para evitar su muerte?

Aquí el único positivismo que es posible mantener es uno de tipo voluntarista, pero de nula aplicación práctica. Necesariamente tengo que recurrir a un derecho preexistente, a cualquier derecho que me de cobertura en una situación de esa naturaleza. Con recurrir a derechos preexistentes no solucionamos todo, pero ya es algo y se puede iniciar una demanda internacional al menos.

Por supuesto que nos enrolamos en la tesis que identifica a los Derechos Humanos como derechos preexistentes que no requieren reconocimiento de ningún Estado para su vigencia, existen antes de nuestro nacimiento y a pesar de ello. Y pueden desaparecer Estados o desaparecer constituciones, pero esos derechos siguen existiendo y a ningún tirano le es permitido suprimirlos.

REFERENCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Fundación Bases, 1984. Título XXXI.

AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En *"Fragmentos para una teoría de la Constitución"*. Madrid: Iustel, 2007.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez en el Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.

CSJN fallos Tomo 315, p.392. In re "Ekmedjan vs Sofovich, Gerardo s/ D. de Replica".

DWORKIN, Ronald. *Un tema de principios*. Cambridge: Harvard UP, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court?*. *Alberta Law Review*, v.28, n.2, 1990, p.324-346.

MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona 2012, pp., 233.

OLIVER OLMO, Pedro; GARGALLO VAAMONDE, Luis. Tortura gubernativa y Estado liberal. En: OLIVER OLMO, Pedro (Ed.). *La tortura en la España contemporánea*. Madrid, 2020.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. FCE México 1979, p.106 citado por Decreto PEN 83/ 2015. BORA 15/02/ 2015.

SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*. Montevideo: BdeS, 2004.

Recebido em: 13.02.2024

Aprovado em: 16.02.2024

Como citar este artigo (ABNT):

MOREL, Juan Claudio. De los diferentes enfoques para una constitución. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.13-25, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/08/DIR51-01.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

(IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEVIDAS AO ERÁRIO, POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

(IN)PRESCRITIBILITY OF THE PRETENSION OF RESERVATION OF IMPORTANCE DUE TO THE ERARY BY DECISION OF THE COURT OF AUDITORS OF THE UNION (TCU)

Claudio Lisboa de Souza¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Danilo da Costa³

RESUMO: Este artigo versa sobre a (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do TCU. Investigou-se a resposta da questão. Cogitou-se que sim, são imprescritíveis. O objetivo geral é analisar se, de fato, são imprescritíveis. Para isso, optou-se em: “pesquisar sobre o instituto da prescrição”; “tratar as espécies de danos ao erário”; “levantar as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do §5º do art. 37 da CF”; e, “investigar o entendimento do TCU e do STF, sobre a questão”. As decisões do TCU têm eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, §3º, CF c/c art. 23, III, b, Lei 8.443/920) e têm o alcance bastante alargado pela Constituição Federal (art.70 e 71). Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica, com duração de seis meses.

Palavras-chave: prescrição; ressarcimento; decisão; TCU.

ABSTRACT: This article deals with the (in)prescribability of the claim for reimbursement of sums due to the treasury, by decision of the TCU. The answer to the question was investigated. It was thought that yes, they are imprescriptible. The general objective is to analyze whether they are, in fact, imprescriptible. For this, it was decided to: “research on the prescription institute”; “Treatment of types of damage to public coffers”; “To raise the doctrinal and jurisprudential interpretations about §5 of art. 37 of the CF ”; and, “investigate the understanding of TCU and STF, on the issue”. TCU’s decisions are effective as an extrajudicial enforcement order (art. 71, §3º, CF c / c art. 23, III, b, Law 8.443/1992) and have a very broad scope by the Federal Constitution (art.70 and 71). This is a qualitative theoretical research, lasting six months.

Keywords: prescription; refund; decision; TCU.

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Processus - UniProcessus (DF-Brasil). Contador. Especialista em Auditoria Governamental. Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União.

2 Pós-doutorando em Direito (Direitos Humanos). Doutor em Psicologia. Mestre em Direitos Humanos (Políticas Públicas e Ciência Política); Especialista em Letras, em Educação e em Direito (Constitucional, Administrativo e Trabalhista). Licenciado em Filosofia, em Sociologia e em Letras (Português/Inglês). Pesquisador. Editor. Professor universitário no Centro Universitário Processus - UniProcessus (DF-Brasil).

3 Doutorando em Educação pela Universidade Católica de Brasília (DF-Brasil). Mestre em Educação. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional; em Direito Administrativo; em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista; em Didática do Ensino Superior em EAD. Licenciado em Geografia. Pesquisador. Editor. Professor universitário na Universidade Católica de Brasília (DF-Brasil).

1 INTRODUÇÃO

O TCU pode, conforme Lei 8.443/92, entre outras medidas, aplicar multas (pretensão punitiva) ou imputar ao gestor do gasto público débito (pretensão de ressarcimento ao erário) por meio de Acórdãos, com eficácia de título executivo, por força do art. 71, §3º da Constituição Federal c/c art.23, inciso III, alínea “b”. O presente artigo visa tratar, especificamente, se a pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do TCU é imprescritível. Não trata da prescrição da pretensão punitiva fundada em Acórdão do TCU. Embora faça menção à pretensão punitiva em alguns trechos.

A forma como foi redigido o art. 37, §5º, da Lei Maior é a origem das controvérsias entre as prescrições das ações de ressarcimento e de pretensão punitiva do Estado¹.

O presente artigo se propõe a responder ao seguinte problema: “a pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) é imprescritível?”. Ou seja, a pretensão do TCU, por meio de seus processos administrativos, de buscar a prejuízos ao erário é imprescritível? O TCU, ao interpretar o art. 37, §5ª, da Lei Maior, entendia que sim, conforme Súmula-TCU 282. Porém, alterou esse entendimento por meio da Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022.

Esse dispositivo constitucional dispõe que serão estabelecidos por lei os prazos para a prescrição de ilícitos causados por agente, servidor ou não, que resultem em prejuízos ao erário, exceto quanto às ações de ressarcimento. Isso tem sido discutido, nos últimos trinta anos, pela jurisprudência e pela doutrina, como uma possível situação de imprescritibilidade prevista no texto constitucional, com relação à ressalva constante na parte final².

A hipótese que levanta frente ao problema em questão é se “a pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do tribunal de contas da união (TCU) é imprescritível”. Nessa premissa, não prescreve as ações de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do TCU.

O STF, no Recurso Extraordinário 852.475-SP, reconhecido como repercussão geral sob o Tema 897, decidiu que: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Esse entendimento, porém, levou à necessidade do STF definir a questão, também, com relação a prejuízos ao erário oriundos de outras condutas reprováveis. Como, por exemplo, a questão em vista de condenação pecuniária decorrente de decisão do TCU. Questão esta que está sendo discutida no âmbito do RE 636.886-AL³.

O objetivo geral deste trabalho é “analisar se a pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) é imprescritível”. Ou seja, o TCU, no âmbito de suas atribuições institucionais, pode exarar decisões, por meio de acórdãos, imputando, aos gestores, a obrigação de ressarcimento ao erário de eventuais danos. A questão é se as ações de ressarcimento decorrentes dessas são prescritíveis ou não.

Do ponto de vista da hermenêutica constitucional, não é razoável ordenar que as pessoas, sob o risco constante de punição por eventual irregularidade, mantenham sob a

1 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.5.

2 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.1.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1125.

sua guarda, por período demasiado (30, 40 anos ou até o fim da vida), volume excessivo de documentos, esperando que o Estado saia da inércia e decida exercer seu direito de pretensão punitiva.

A elucidação do problema que envolve o tema do presente artigo não é tarefa das mais simples, dada a ausência de consenso da melhor interpretação para a inadequada redação do art. 37, §5º, da Carta Magna. Levando à verificação da prescrição, de uma forma geral, dos posicionamentos do Tribunal de Contas da União, do Supremo Tribunal Federal e de alguns importantes doutrinadores.

Diante da lacuna normativa, surge a necessidade de gerar um posicionamento jurisprudencial do TCU e do STF quanto à definição de um prazo prescricional. Não é aceitável que, por ausência de norma expressa, a aplicação de sanções a qualquer tempo sem amparo constitucional. Assim, deve-se definir o regime jurídico aplicável ao exercício sancionatório dos Tribunais de Contas quanto aos casos de prescrição⁴.

A Súmula 282 do TCU dispõe que são imprescritíveis as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra agentes que deram causa de prejuízos ao erário, embora o instituto da prescrição esteja presente, como regra, no sistema jurídico brasileiro, visando evitar a insegurança jurídica. Ou seja, evitar que as pessoas possam a qualquer tempo serem surpreendidas pelo Estado que, resolve sair da inércia e imputar responsabilidade pecuniária ou não.

Esse entendimento, entretanto, passou por recente reforma, por força da Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, alterada pela Resolução-TCU nº 367, de 13 de março de 2024, que regulamenta o tema em questão em conformidade com as decisões exaradas pelo STF, em especial, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509-CE e no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral). Essa decisão do STF disciplinou pela prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de cortes de contas.

Dessa forma, o TCU passou a entender que a prescrição nos processos de controle externo, em curso naquele Tribunal, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (Art.1º). Bem como, disciplinou de forma objetiva o prazo para prescrição em cinco anos (Art.2º).

Ao tecer breves considerações sobre o instituto da prescrição, os diferentes tipos de danos ao erário e compilar os posicionamentos do TCU, do STF e da doutrina, o presente artigo busca esclarecer melhor a problemática do tema em questão.

Entre os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, estão a garantia da segurança jurídica e a satisfação do princípio da ampla defesa. A prescrição tem o condão de contribuir para resguardar essa garantia e esse princípio. Assim, esclarecer se a interpretação do TCU, externada pela Resolução-TCU 344/2022, alterada pela Resolução-TCU 367/2024, em contraponto à Súmula-TCU 282, é a mais adequada com relação ao tema do presente artigo, frente aos preceitos constitucionais é importante para a estabilidade das relações sociais. Visto que as decisões do TCU, de natureza pecuniária, têm eficácia de título executivo extrajudicial, conforme art. 71, §3º, da CF, c/c o art. 23, III, b, da Lei 8.443/92.

Trata-se de uma pesquisa teórica, bibliográfica, com fundamento em artigos científicos e livros acadêmicos, bem como em lei, doutrina ou jurisprudência.

4 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.96.

Foram selecionados cinco artigos científicos, extraídos de busca realizada no Google Acadêmico, a partir das seguintes palavras-chave: Danos, Erário, Ressarcimento, Acórdão; TCU, Prescrição; Acórdãos do TCU; Acórdãos do STF; Constituição Federal; livros acadêmicos, a jurisprudência do TCU e do STF, e a legislação correlata, como, por exemplo, a Lei n. 8.443/1992.

Como critérios de exclusão dos artigos científicos, foram escolhidos os artigos com até três autores(as) em que pelo menos um(a) dos(as) autores(as) é mestre(a) ou doutor(a), além da exigência de se tratar de artigo publicado em revista acadêmica com ISSN e livros acadêmicos com ISBN. Esta pesquisa de revisão de literatura tem o tempo previsto de três meses. No primeiro mês realizou-se o levantamento do referencial teórico; no segundo mês, a revisão da literatura; no terceiro mês, a elaboração dos elementos pré-textuais e pós-textuais que compõem todo o trabalho.

Optou-se por uma pesquisa qualitativa, na qual os autores trataram os dados obtidos por meio da pesquisa bibliográfica, considerando os aspectos relevantes levantados pelos seus respectivos autores.

Utilizou-se o artigo de revisão de literatura que consiste em uma forma de trabalho acadêmico de conclusão de curso de graduação, considerado de pequena extensão, por possuir entre 10 e 30 páginas. Podendo ser realizado de forma monográfica ou em coautoria⁵.

2 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Disciplinadas pelo sistema jurídico, os institutos da decadência e da prescrição são classificados como atos-fatos jurídicos, uma vez que, na teoria dos fatos jurídicos, o suporte fático de ambos é composto de forma semelhante, conjugando a inércia do titular da pretensão em exercê-las durante certo lapso temporal⁶.

A prescrição e a decadência são ferramentas constantes no ordenamento jurídico para garantia do direito de ação, por parte do legitimado desse direito, durante um período específico delimitado pela norma.

Tendo em vista que o objetivo do direito é a consecução da paz e da segurança jurídica das relações estabelecidas com o administrado no seio da sociedade, o Direito não tolera a insegurança ou a instabilidade. Embasando a decadência e a prescrição⁷.

Como instituto de direito material e um princípio de ordem pública, independente do ramo do Direito, a prescrição possui consequências e prazos próprios, podendo ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição e a qualquer tempo. Consistindo, em virtude da inércia do titular no prazo legal, na extinção do direito da pretensão de recomposição de um direito prejudicado⁸.

Já a decadência, de forma diversa, ocorre a perda do direito, quando não reivindicado no prazo legal previsto. Assim, não terá sido exercitado o direito substantivo caso não tenha sido executado o direito de ação⁹.

5 GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. *Revista JRG de Estudos Acadêmicos*, Ano II, Vol. II, n.5, 2019, p.31.

6 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.96.

7 SILVA, Marco Aurélio Souza da. Prazo prescricional da pena de multa imposta pelos Tribunais de Contas: entre a morosidade legislativa e as divergências jurisprudenciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 11, 2011, p.197.

8 SILVA, Marco Aurélio Souza da. Prazo prescricional da pena de multa imposta pelos Tribunais de Contas: entre a morosidade legislativa e as divergências jurisprudenciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 11, 2011, p.198.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1113.

Essa distinção é relevante porque, embora o prazo decadencial seja fatal, o prazo de prescrição pode ser interrompido ou suspenso¹⁰.

Assim, em suma, na prescrição ocorre a perda do direito de ação, persistindo o Direito em si. Diferente da decadência onde ocorre a perda do direito em si. Ambos podem ser reconhecidos após determinado lapso temporal. Sendo que, em determinadas situações, pode ocorrer a suspensão ou a interrupção do prazo prescricional, o que não ocorre na decadência onde o prazo é fatal. Dada a pertinência direta com o tema do presente artigo, reforço a seguir os aspectos relacionados somente ao instituto da prescrição.

Por não se admitir a perpétua incerteza quanto à instabilidade das relações constituídas, prevalece, como regra geral, a prescritibilidade no sistema jurídico brasileiro¹¹.

Em uma aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurriti jus*, os titulares que se mantêm inertes, como forma de disciplina à conduta social, são atingidos pela existência de um prazo limite para a consecução de pretensões e direitos¹².

Assim, a inércia do legitimado para ingressar com a ação leva à perda desse direito após determinado tempo. Pois, “o direito não socorre aos que dormem”.

Aqueles que desde muito se sentiam tranquilos, resguardados e confiantes no sistema normativo, surpreendidos em desfavor do seu direito, ficariam expostos em caso de perda ou destruição das provas, em ações ou pretensões ignoradas, ou consideradas extintas. A prescrição é exceção que alguém tem contra o que não o exerceu, durante certo tempo, fixado por alguma regra jurídica, a sua pretensão ou ação¹³.

A prescrição justificada pelo interesse da comunidade no reconhecimento da ação do tempo como força estabilizadora das ocasiões consolidadas de fato, protege o devedor, evita a disseminação por tempo indeterminado de controvérsias e pune a inércia do credor. Fundando-se na paz social, na estabilidade das relações e no reconhecimento da segurança jurídica é reconhecida como direito fundamental¹⁴.

A prescrição é uma ferramenta, prevista no ordenamento jurídico, de proteção do agente para evitar controvérsias infundáveis, preservando a paz social, a estabilidade das relações sociais, o princípio da ampla defesa e o direito fundamental à segurança jurídica.

Os fundamentos para justificar a recusa de perenidade do exercício de prerrogativas nas relações públicas, em grande parte, são os mesmos que alicerçam a prescrição nas relações privadas¹⁵.

O instituto da prescrição, previsto tanto nas relações envolvendo o Estado (direito público) quanto naquelas envolvendo particulares (direito privado), evita que as relações sociojurídicas se perpetuem, visando a estabilização dessas relações¹⁶.

Os fundamentos da prescrição são, em sua maioria, os mesmos tanto no âmbito do direito público quanto no direito privado. Visa à garantia da segurança jurídica e à estabilidade das relações.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1114.

11 SILVA, Marco Aurélio Souza da. Prazo prescricional da pena de multa imposta pelos Tribunais de Contas: entre a morosidade legislativa e as divergências jurisprudenciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 11, 2011, p.197.

12 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 198.

13 MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.4.

14 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.4.

15 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitude potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.13.

16 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.2.

A segurança jurídica, na condição de estar inserida, intrinsecamente, na concepção de um Estado Democrático de Direito, com status de direito fundamental, se apresenta em inúmeras condições e institutos jurídicos, destacando-se dentre os mais louváveis, a prescrição¹⁷.

Assim, a prescrição guarda relação com a segurança jurídica, sendo um requisito essencial para qualificar um ordenamento jurídico justo e está implícita ao Estado Democrático de Direito e ao sistema de direitos fundamentais¹⁸.

Para um sistema jurídico justo é necessário a garantia da segurança jurídica que guarda relação direta com o instituto da prescrição. Ainda assim, lacunas legais levam a discussão jurisprudencial e doutrinária sobre a aplicação da prescrição administrativa.

Um possível dano ao erário decorrente de reconhecimento de ato administrativo inválido é um exemplo de uma situação peculiar ainda pendente de solução jurisprudencial adequada. Pois, tendo em vista que, nessa situação, ocorre decadência do direito de promoção da invalidação após cinco anos de sua consumação, a imprescritibilidade não pode ser amparada por gerar efeitos incompatíveis com a Constituição, que privilegia a segurança jurídica, gerando o direito de ação do Estado de modo eterno¹⁹.

Existe uma visível incongruência quando a lei prevê decadência para ato administrativo e ao mesmo tempo não é clara quanto à prescrição da pretensão de ressarcimento de prejuízo ao erário em decorrência de determinados atos administrativos. Gerando um debate doutrinário e jurisprudencial.

Devem-se utilizar, no sistema jurídico-administrativo, as normas do direito público, com fulcro no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Esse artigo disciplina que, em caso de omissão da lei, a decisão do juiz será baseada nos costumes, nos princípios gerais e na analogia; por diferenciar-se do direito privado pela Administração, em virtude dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia deste²⁰.

No sistema jurídico-administrativo, para a identificação do prazo de prescrição, principalmente em decorrência da supremacia do interesse público, uma parcela da doutrina pugna pela utilização, por analogia, das normas do Direito Público.

O correto, não havendo a definição legal dos prazos para prescrição, não é utilizar o Direito Civil, em analogia, sem, preliminarmente, buscar as normas genéricas do Direito Público. Pois, este tem, como regra geral, prazos mais curtos para atos anuláveis e mais longos para os nulos²¹.

Nos casos de comprovada má-fé, a única solução é buscar analogia com o direito privado, a teor do art. 205 do Código Civil, isto é: 10 anos. Tendo em vista que o art. 54 da Lei 9.784/99, disciplinadora do direito administrativo, contempla somente os casos que não foi comprovada a má-fé²².

Além das Leis 9.784/1999 e 8.429/1992 (alterada pela Lei 14.230/2021), o prazo de cinco anos também é tido como parâmetro no Decreto 20.910/1932, que prevê a prescrição

17 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.2.

18 NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.198.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (versão digital), p.15.

20 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.113.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1122.

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1123.

quinquenal relativa às dívidas do poder público²¹.

Desse modo, os prazos prescricionais para a Administração interpor ação judicial contra os administrados, na ausência de norma específica, seriam de dez anos, caso comprovada má-fé, e de cinco anos, caso não comprovada má-fé. Entretanto, não há uniformidade de entendimento quanto a esses prazos prescricionais no sistema jurídico-administrativo.

Noutra esteira, a Constituição de 1988 prevê as seguintes exceções à regra geral da prescrição: são imprescritíveis os crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, arrolados no art. 5º, incisos XLII e XLIV²².

O art. 37, § 5º, da Constituição, *in fine*, que assim dispõe: "...ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", vêm sendo discutido pela doutrina e pela jurisprudência, a mais de trinta anos, como sendo, ou não, mais uma exceção ao instituto da prescrição prevista na Carta Magna²³.

Os dispositivos constitucionais mencionados dizem respeito a atos de natureza pública (esfera penal) e a atos ilícitos de improbidade administrativa. O que não desnatura a ideia de que a prescrição é regra, não sendo propriamente um direito e sim, uma salvaguarda para garantia da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais. A necessidade da prescrição, como regra, é compreensível por uma interpretação integrada do ordenamento jurídico²⁴.

Portanto, a prescrição é regra no sistema jurídico brasileiro. Porém, existem duas exceções bem claras na Constituição Federal (quanto aos crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, dispostos no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição) e uma a ressalva da parte final art. 37, § 5º, da Constituição, que, para alguns, é mais uma exceção, e, para outros, não.

3 ESPÉCIES DE DANOS AO ERÁRIO

Os prejuízos ao erário podem ser originados por diferentes hipóteses. Derivados de ilícitos de natureza pública ou não. A prescrição de pretensões de ressarcimento deve ser baseada na norma legal ou constitucional, inerente ao tipo de ilícito causador do dano²⁵.

Os ilícitos de natureza pública são aqueles qualificados como tais pela legislação específica. A título de exemplo, aqueles qualificados como ato de improbidade administrativa pela Lei 8.429/92 (alterada pela Lei 14.230/2021) e as condutas tipificadas como crime ou contravenção pela legislação penal (por isso denominadas ilícitos penais)²⁶.

21 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.110.

22 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.1.

23 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.1.

24 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.21.

25 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 68, 2017, p.141.

26 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 68, 2017, p.142.

Além disso, podem ocorrer prejuízos ao erário também oriundos de atos lícitos ou comportamentos outros em virtude ou não de imprudência, imperícia ou negligência. A prescrição da pretensão desses ressarcimentos é regulada pela legislação comum em matéria de responsabilidade por danos comuns ao erário, não oriundos de prática de ilícito de natureza pública²⁷.

Desse modo, os danos ao erário podem ser derivados de atos ilícitos de natureza pública ou não, qualificados como atos administrativos considerados ímprobos (Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.230/2021) ou pela legislação penal (crimes ou contravenções).

Também pode ocorrer danos ao erário decorrentes de outros atos de natureza civil, também denominados de atos de natureza comum, em decorrência de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ou não. Exemplo: pessoa que destrói um veículo oficial que é condenada a ressarcir ao erário os danos causados.

Essas breves considerações são necessárias visto que as teses do STF sobre o tema são fulcradas nas espécies de prejuízos ao erário.

4 INTERPRETAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DA RESSALVA PREVISTA NA PARTE FINAL DO §5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Esse dispositivo constitucional dispõe que serão estabelecidos por lei os prazos para a prescrição de ilícitos causados por agente, servidor ou não, que resultem em prejuízos ao erário, exceto quanto às ações de ressarcimento. Isso tem sido discutido, nos últimos trinta anos, pela jurisprudência e pela doutrina, como uma possível situação de imprescritibilidade prevista no texto constitucional, com relação à ressalva constante na parte final²⁸.

A forma como ele foi redigido é a origem das controvérsias entre as prescrições das ações de ressarcimento e de pretensão punitiva do Estado²⁹.

A interpretação da ressalva da parte final dele não vem encontrando consenso na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista fundamentos constitucionais, como o princípio da ampla defesa e da segurança jurídica. Assim, a interpretação do seu alcance é o cerne da questão que envolve o tema do presente artigo.

Cabe interpretar que o art. 37, §5º da CF, *in fine*, relaciona-se à impossibilidade da inclusão de seu prazo prescricional na mesma lei que defina a prescrição referente aos atos ilícitos³⁰.

A ressalva abrangendo as ações de ressarcimento ao erário deve ser entendida em conformidade com os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa. Como seria possível buscar provas décadas após o ocorrido³¹.

27 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 68, 2017, p.143.

28 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.1.

29 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.5.

30 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por dano decorrentes da execução do convênio. Interesse Público – IP*. ano 12, n. 60, 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/4062>. Acesso em: 23 maio 2020, p.146.

31 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por dano decorrentes da execução do convênio. Interesse Público – IP*. ano 12, n. 60, 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/4062>. Acesso em: 23 maio 2020, p.146.

O mencionado dispositivo buscou distinguir, de um lado, o prazo de prescrição da pretensão ressarcitória (isto é, para exigência de reparação dos danos decorrentes do ilícito), do prazo de prescrição da pretensão sancionatória (para aplicação de sanção ao responsável), de outro. O que não quer dizer que a sua parte final signifique a imprescritibilidade das ações¹⁶.

A tese contrária à imprescritibilidade fica fortalecida ao mencionar que quando a Constituição quis dessa forma estabeleceu expressamente, como no art. 5º, incisos. LII e LXIV. Todas em questão penal que não se perpetua, pois não ultrapassa uma vida. Assim, não é razoável relevar resultados em desacordo com os princípios constitucionais, no que se atente ao direito de defesa¹⁷.

Não parece razoável exigir que as pessoas guardem pilhas de documentos por trinta ou quarenta anos, aguardando sob o constante risco de serem eventualmente punidas por irregularidades que tenham cometido – ou não, o que é ainda pior – até o fim da vida, aguardando o dia em que o Estado deixe a sua inércia e resolva exercer sua pretensão punitiva, do ponto de vista da hermenêutica constitucional¹⁸.

Portanto, verifica-se que não há consenso quanto à tese de imprescritibilidade das ações que tem por objetivo tentar reparar o erário de danos sofridos, com base na ressalva constante no §5º do art. 37 da Carta Magna. Justamente porque não é razoável exigir a guarda de documentos de prova por prazos indefinidos, em prejuízo ao princípio da ampla defesa; ou levar ao receio perene de questionamentos futuros por situações reconhecidas como aceitas, pelo extenso prazo decorrido, em benefício ao direito fundamental à segurança jurídica.

Três são as consequências negativas da manutenção da ordem jurídica vigente, pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento, segundo Bandeira de Mello¹⁹: necessário risco temporalmente indeterminado de ônus patrimonial, inadmitido, sequer, pelo direito penal, com ressalvas muito específicas no texto constitucional; possibilidade virtual de atingir até gerações posteriores de herdeiros, gerando insegurança jurídica; e, impossibilidade de guarda e manutenção de documentação defensiva por tempo indeterminado, violando direito de defesa²⁰.

Ainda que seja evidente a complexidade da matéria, administrativistas constitucionalistas e alguns votos e pareceres de julgamentos do STF, compreendem a questão pela simples literalidade, pouco problematizando, a despeito de considerações a nível da Teoria Geral do Estado ou da Teoria Geral do Direito²¹.

Além do STF, o TCU também seguia essa linha, conforme Súmula-TCU 282, que foi alterada pela Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022.

A imprescritibilidade levaria à eliminação ou minimização do direito de defesa, visto que é improvável que alguém guarde documentação além de um prazo razoável. Diferente do poder

16 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n.68, 2017, p.143.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1124.

18 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.14.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.16.

20 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.16.

21 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.13.

público que pode dispor de seus arquivos de elementos para suas ações contra terceiros, que não teriam condições de contra razão suposta irregularidade que lhes fossem atribuídas²².

O alcance do art. 37, § 5^a, da CF, *in fine*, é no sentido de que as ações de ressarcimento deverão ter prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal. Uma vez que o dispositivo visa separar os prazos de prescrição das ações de responsabilidade e dos atos ilícitos, propriamente dito, isto é, penal ou administrativo²³.

Para Bandeira de Mello, nos casos de prejuízo ao erário, os prazos prescricionais deverão ser os mesmos para a definição de atos considerados inválidos por vício. Ou seja, dez anos, quando houver má-fé, e cinco anos, quando não houver, contados a partir do dia em que a autoridade termina sua gestão no cargo ou mandato que corresponde ao período em que o ato danoso foi praticado²⁴.

Portanto, duas teses são defendidas quanto à interpretação do alcance da parte final do art. 37, § 5^a, da CF: uma que considera imprescritíveis as ações de reparação de prejuízos ao erário e outra pela prescritebilidade. A primeira leva em consideração mais a literalidade do dispositivo e estava prevalecendo sobre a segunda, a exemplo da Súmula-TCU 282. Porém, recentes julgados do STF têm inclinado pelo fortalecimento da segunda, em situações específicas. Inclusive provocando a alteração do entendimento do TCU.

5 A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) COM RELAÇÃO À PRESCRIÇÃO OU NÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEVIDAS AO ERÁRIO

Os Tribunais de Contas, embora sejam órgãos auxiliares do Poder Legislativo, possuem autonomia administrativa, financeira e orçamentária, não se subordinando a nenhum dos três poderes do Estado. Têm funções próprias e exclusivas. O regime jurídico de seus membros está previsto no art. 73, caput, parte final, e §§ 3^o e 4^o, da CF, tendo como parâmetro o Poder Judiciário. Além disso, possui um Ministério Público especial atuando junto à Corte, nos termos do art. 130 da CF²⁵.

Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tem o dever de prestar contas quando assumem obrigações de natureza pecuniária envolvendo recursos públicos, conforme parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 do texto constitucional. Disso decorrem dispositivos legais, como o art. 113, da Lei 8.666/93, o art. 169, III, da Lei 14.133/2021 e o art. 93, do Decreto-Lei 200/67, que exigem a comprovação da boa e regular gestão dos recursos públicos²⁶.

O TCU teve sua competência e jurisdição substancialmente elevadas com a Constituição de 1988 e por outras normas. A título de exemplo cito: a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93, alterada pela Lei 14.133/2021) e as normas gerais de direito financeiro (Lei 4.320/64).

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1124.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1124.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1124.

25 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.93.

26 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.95.

O TCU pode, nas situações previstas na Lei 8.443/92, entre outras medidas, aplicar multas (pretensão punitiva) ou imputar ao gestor do gasto público débito (pretensão de ressarcimento ao erário) por meio de Acórdãos, com eficácia de título executivo, por força do art. 71, §3º da Constituição Federal c/c art.23, III, b, Lei 8.443/92. Além disso, suas decisões são utilizadas como base para toda a Administração Pública Federal, autárquica e fundacional, para os Tribunais de Contas Estaduais, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, os Tribunais de Contas dos Municípios e para os sistemas de controles internos, entre outros.

Dessa forma, com a missão institucional precípua de garantir que os gastos públicos atendam ao interesse público e sejam realizados em estrita obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade, o TCU, pode atuar de maneira orientativa, punitiva, preventiva e/ou corretiva.

Não há previsão expressa na Constituição de prazo para os Tribunais de Contas instruírem seus processos administrativos de forma conclusiva. No entanto, tal omissão, não autoriza a atuação a qualquer tempo, o que levaria à imprescritibilidade de penalidades pecuniárias. Pois estaria em contraponto ao ordenamento constitucional²⁷.

Os Tribunais de Contas têm gerado controvérsias com relação ao prazo prescricional em suas decisões, levando a questionamentos pelos gestores, principalmente, com relação à demora na avaliação dos processos de controle externo. Gerando demandas judiciais sobre a questão²⁸.

A legislação positivada apresenta brechas para interpretações no tocante aos limites da atuação do TCU e dos demais Tribunais de Contas, levando a discussões de algumas determinadas decisões no poder judiciário. Entre elas, estão aquelas relacionadas ao instituto da prescrição da pretensão de ressarcimento de dano ao erário. Sobretudo, por conta do disposto no §5ª do art. 37 da Constituição Federal. Dispositivo este, utilizado como base para o TCU aprovar, por meio do Acórdão 2166/2012-Plenário, a *Súmula 282* no sentido de que “os processos de ressarcimento movidos pelo Estado contra aqueles que causaram prejuízos ao erário são imprescritíveis”. Esse posicionamento, entretanto, foi radicalmente alterado por meio da Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, posteriormente alterada pela Resolução-367/2024. Ocasão em que o TCU passou a entender que “prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento” (art. 2º), nos termos e condições previstas na referida resolução.

Diante dessa lacuna normativa, além dessas, surgiram frequentes alterações de posicionamento jurisprudencial do TCU e do STF, ao longo dos anos, quanto à fixação de um prazo prescricional.

Não é crível, por ausência de norma expressa, a aplicação de sanções a qualquer tempo sem amparo constitucional. Assim deve-se definir o regime jurídico aplicável ao exercício sancionatório dos Tribunais de Contas quanto aos casos de prescrição²⁹.

A ausência de norma expressa não legitima a atuação a qualquer tempo, seja no aspecto

27 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.113.

28 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.90.

29 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.96.

punitivo ou de obrigação de ressarcir prejuízos, sob o prisma do instituto da prescrição. Nesse caso, deve-se buscar formar uma jurisprudência do TCU e do STF sobre a questão.

O TCU, por meio do Acórdão-TCU-Plenário 1441/2016³⁰, reconhecido como incidente de uniformização de jurisprudência, fixou o prazo de dez anos para prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 186 do Código Civil³¹.

Na atuação de forma sancionatória, aplicando multa nas hipóteses previstas na Lei 8.443/92, o TCU entendia que a pretensão punitiva prescrevia em dez anos, conforme Acórdão 1441/2016-Plenário, com fulcro no art.186 do Código Civil. Já na atuação ressarcitória o TCU, havia editado a Súmula 282, aprovada pelo Acórdão 2166/2012-Plenário, por meio da qual defendia que seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento, com base no art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

Assim, o TCU, vinha recusando a aplicação da Lei 9.873/99 e da Lei 9.784/99 sobre o regime de prescrição. Defendendo pertinência de regra geral prevista no Código Civil (art. 205) sob o argumento de que sua atividade não se enquadra no poder de polícia do Estado, não cabendo a utilização desses normativos, sequer por analogia³².

A resposta para essa questão está no ordenamento constitucional e legal. Assim, não é o caso de se verificar um prazo mais adequado para um controle mais efetivo, seja no sentido do que mais favoreça a sociedade ou na questão de justiça no sentido material, ou na punição de atos irregulares³³.

O julgador não goza de conveniência e liberdade para a escolha da opção que mais se amolda às suas preferências, deve sopesar regras e princípios jurídicos incidentes. Assim, a solução emerge do sistema³⁴.

A lacuna legal, com relação à prescrição dos processos que visem a reparação de danos ao erário, não garante ao TCU o direito de encontrar a solução que mais se amoldam às suas preferências sem levar em consideração todas as prerrogativas constitucionais. Deve resolver a questão com base no ordenamento constitucional e legal.

Os exames e análises das contas, proferidos pelo TCU, não preveem e não permitem o contraditório e a ampla defesa efetivos. Bem como, não se atem às mesmas garantias do devido processo legal durante a fase instrucional, preliminar à consecução da decisão terminativa, que terá como consequência a formação do título executivo³⁵. Embora, exista, no âmbito do TCU, procedimento administrativo levado a efeito, via de regra, por meio de tomada de contas especial (TCE). Instrumento legal, utilizado pelos tribunais de contas, com a finalidade de identificar os responsáveis, apurar os atos lesivos ao Erário e promover o ressarcimento dos danos³⁶.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1441/2016 no incidente de uniformização de jurisprudência do processo 030.926/2015-7*. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler, Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1593667/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 23 maio 2020.

31 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.100.

32 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018, p.101.

33 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.4.

34 ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.4.

35 SANTOS, Arides Leite. Tomada de Contas Especial. O exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União. *Scoretecci*. 2.ed. rev. atual, 2018, p.110-111.

36 RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e instrumento da tomada de contas especial. *Revista do Tribunal de Contas da União*. v. 29, n. 77, jul./set. 1998, p.2.

O TCU, por iniciativa própria ou de terceiros, conforme legislação vigente, instrui procedimentos administrativos para apurar irregularidades que possam ou não ser causa de prejuízos ao erário. Quando identifica a existência de prejuízo ao erário nesses procedimentos, autua processo de contas ordinárias ou de tomada de contas especial para identificação dos pressupostos para a constituição e desenvolvimento regular desses processos. Quais sejam: identificação do(s) responsável(eis), quantificação do dano e o estabelecimento do fato lesivo ao patrimônio público.

Embora sejam garantidos, sob pena de nulidade, o contraditório e ampla defesa nos autos administrativos, pela natureza dos processos julgados nos Tribunais de Contas, não há análise subjetiva da existência de dolo ou culpa de forma efetiva, não observando, portanto, todas as garantias do devido processo legal, antes do trânsito em julgado administrativo do processo. Assim, constatada a coisa julgada administrativa. A decisão definitiva do TCU tem status de título executivo extrajudicial, conforme §3º do art. 71 da Constituição Federal c/c art. 23, III, b, da Lei 8.443/92.

O STF, no âmbito do julgamento do RE 636.886-AL, manifestou-se no sentido de que o TCU não franquia ao seu jurisdicionado, nos processos por ele autuado, todas as garantias do devido processo judicial, para que este possa se eximir de dolo ou culpa. Tampouco se imputa ato de improbidade³⁷.

Ainda que baseado no interesse público, o TCU possa ter um entendimento mais alargado do dispositivo constitucional, no sentido de considerar as ações de ressarcimento ao erário como imprescritíveis, o TCU não pode se furtar em considerar os fundamentos constitucionais da prescrição, entre eles: a paz social, a estabilidade das relações jurídicas, o reconhecimento do direito fundamental à segurança jurídica e a satisfação do princípio da ampla defesa. Essenciais para a um Estado Democrático de Direito mais justo.

Nesse sentido, recentemente, de forma acertada, o TCU revê seu posicionamento, considerando deliberação do plenário da corte, por meio do item 9.8 do Acórdão 459/2022, no sentido de realizar estudos e pareceres sobre o tema.

Esses estudos culminaram na Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, posteriormente alterada pela Resolução 367/2024, que regulamentou a prescrição em seus processos, no âmbito interno, tanto punitiva quanto de ressarcimento ao erário.

Com essa resolução o TCU, considerando as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, passa observar o disposto na Lei 9.873/1999, nos seus processos de controle externo, para considerar que “Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento” (Art. 2º, da referida Resolução), nos termos e condições previstas na referida resolução.

Por oportuno, cabe ressaltar, que, por não alcançar o objetivo do presente artigo, não serão analisadas as condições previstas nessa nova resolução do TCU, que, certamente, poderão gerar debates e possíveis questionamentos doutrinários e/ou judiciais. Sobretudo com relação aos critérios estipulados para aferição do marco inicial de contagem do prazo prescricional e das condições interruptivas desse prazo. Seja nos casos de prescrição ordinária ou intercorrente (no curso do processo, internamente, no TCU).

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 636.886-AL/2020*. Plenário Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 23 maio 2020.

6 TESES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) RELACIONADAS À PRESCRIÇÃO OU NÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE IMPORTÂNCIAS DEVIDAS AO ERÁRIO, POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

Vem sendo discutidas a bastante tempo, no âmbito do STF, quais as naturezas de ilícitos causadores de danos ao erário estão sujeitas à imprescritibilidade das ações de ressarcimento³⁸.

Conforme §5º do art. 37 da Constituição, serão estabelecidos por lei os prazos para a prescrição de ilícitos causados por agente, servidor ou não, que resultem em prejuízos ao erário, exceto quanto às ações de ressarcimento. O STF vem interpretando a parte final desse dispositivo com foco na natureza do ato que resultou no prejuízo ao erário. Sejam eles de natureza pública ou não.

Em virtude da ausência de uniformidade na interpretação do conjunto normativo inerente ao instituto da prescrição da pretensão de ressarcimento de danos ao erário, após o advento da Carta Magna e, posteriormente, da Lei 8.429/1992 (alterada pela Lei 14.230/2021), questionamentos chegaram ao STF por meio do Recurso Extraordinário 669.069-MG, com Repercussão Geral (Tema 666), e do Recurso Extraordinário 852.475-SP, com Repercussão Geral (Tema 897), com os quais se esperava a pacificação das controvérsias³⁹.

O RE 669.069-MG⁴⁰, cuja repercussão geral foi reconhecida e formalizada no Tema 666, tratou de questão envolvendo a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de atos diversos daqueles tipificados como de improbidade administrativa. Diante do voto vencido do Ministro Edson Fachin, a discussão integral do art. 37, §5º da CR/88 acabou resguardada para o RE 852.475-SP⁴¹.

O RE 852.475-SP⁴², foi prolatado em face de decisão inerente a processo judicial por improbidade administrativa, em desfavor de ex-servidores públicos, acusados de fraude em processo licitatório. A União pleiteou ressarcimento por prejuízos causados ao erário e aplicação das cominações dispostas nos incisos II e III do art. 8.429/1992 (alterada pela Lei 14.230/2021).

Ou seja, diante do art. 37, § 5º, da Lei Maior, o STF analisou, no âmbito do RE 852.475-SP, o caso quanto à prescrição ou não do ressarcimento ao erário, em face de ilícito classificado como improbidade administrativa⁴³.

Ainda prevalecendo lacunas quanto à aplicação do mencionado dispositivo constitucional e em virtude da ausência de consenso entre os membros do STF, autuou-se o Recurso Extraordinário (RE) 636.886-AL⁴⁴, reconhecido, também, como com repercussão

38 NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019, p.5.

39 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitude potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.5.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 669.069-MG/2020*. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>. Acesso em: 23 maio 2020.

41 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitude potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.5.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.5.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 636.886-AL/2020*. Plenário Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 23 maio 2020.

geral (Tema 899), interposto pela União contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5), que manteve a decisão do juízo de primeiro grau no sentido de reconhecer a prescrição e extinguir o processo de execução, proposto pela União em decorrência de não quitação de débito apontado em Acórdão do TCU.

Desta forma, o cerne da questão analisada pelo STF, no RE 636.886-AL⁴⁵, diz respeito à manutenção ou não da decisão de reconhecimento da prescrição no processo de execução do título executivo gerado em virtude da decisão do TCU. A decisão do TCU imputou débito e determinou o ressarcimento de importâncias devidas ao erário, em sede de análise de processo de contas especial.

Os três RE's mencionados (669-069-MG, 852.475-SP e 636.886-AL), todos reconhecidos em repercussão geral, sob os temas 666, 897 e 899, respectivamente, já foram julgados pelo STF. Sendo que o julgamento do último ocorreu em maio de 2020. Assim, passamos à síntese das teses do STF no âmbito desses julgamentos em ordem cronológica do mais antigo ao mais recente.

No primeiro RE (669.069-MG), o STF asseverou que é prescritível a ação de reparação de danos ao erário em decorrência de ilícito civil⁴⁶.

Essa decisão não esclareceu como deveriam ser tratados os casos, no tocante à prescrição quanto a atos ilícitos de natureza pública (por improbidade administrativa ou de natureza penal).

No segundo RE (852.475-SP), o supremo tribunal firmou a tese no sentido de considerar imprescritíveis as ações de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrentes de atos dolosos tipificados como de improbidade administrativa pela 8.429/92 (alterada pela Lei 14.230/2021). Além disso, levou à necessidade do STF em definir a questão, também, com relação a prejuízos ao erário oriundos de outras condutas reprováveis. Como, por exemplo, a questão em vista de condenação pecuniária decorrente de decisão do TCU. Questão esta que está sendo discutida no âmbito do RE 636.886-AL⁴⁷.

A decisão não reflete consenso dentro da Suprema Corte, haja vista diferentes interpretações e reversões nos votos dos ministros, gerando uma decisão por placar apertado em admitir a imprescritibilidade apenas para as ações de ressarcimento de danos provocados por ato ímprobo doloso⁴⁸.

Ao delimitar que são imprescritíveis somente as ações decorrentes de atos dolosos por improbidade administrativa, presume-se que são prescritíveis aquelas decorrentes de atos ímprobos culposos. Além, restaram dúvidas quanto à prescrição ou não de ações de reparação de danos decorrentes de atos que não sejam de natureza civil ou tipificada como sendo de improbidade administrativa. Como é o caso das ações de ressarcimento oriundas de decisões dos tribunais de contas, entre eles, o TCU.

Essa tese, adotada pelo STF, gerou o que pode ser chamado de imprescritibilidade mitigada, promovendo uma dupla distinção, sendo uma sem respaldo constitucional: de um

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 636.886-AL/2020*. Plenário Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 23 maio 2020.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 669.069-MG/2020*. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>. Acesso em: 23 maio 2020.

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A prescrição no Direito Administrativo*. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.1125.

48 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.6.

lado, a ação de ressarcimento, esta diferenciada entre dano doloso (imprescritível) e dano culposo (prescritível); do outro, a ação de improbidade, de natureza penal ou administrativa, para a qual há um certo prazo prescricional. Assim, o Pretório Excelso não esclarece a questão de forma adequada aos tribunais brasileiros, causando desolação até aos incisivos defensores da imprescritibilidade relacionada ao art. 37, § 5º da Lei Maior⁴⁹.

Assim, a tese, em repercussão geral, advinda do julgamento RE 852.475-SP, em suma, é no sentido de que as ações de ressarcimento sejam provenientes de prejuízos à Fazenda Pública em virtude de atos tipificados como sendo de improbidade administrativa ou não, são imprescritíveis quando o dano for doloso e são prescritíveis quando o dano for culposo. Gerando a chamada imprescritibilidade mitigada e desconstituindo a tese, até então dominante, pela imprescritibilidade em todos os casos (dolosos e culposos).

Por último, no âmbito do RE 636.886-AL, julgado recentemente (maio de 2020). O Pretório Excelso inovou ao apresentar um posicionamento no sentido de que a pretensão de ressarcimentos de danos causados ao erário, oriundos de decisão do TCU são prescritíveis⁵⁰.

Ou seja, a decisão do TCU tem status de título executivo (Art. 71, §3ª, da CF cc Art. 23, III, b, da Lei 8.4443/92). A execução desse título, segundo essa decisão, é prescritível, inclusive quanto à prescrição intercorrente.

Essa decisão esclarece, sob a ótica do Pretório Excelso, o problema levantado no presente artigo. Motivo pelo qual merece mais detalhes acerca das razões que levaram a esse entendimento.

A Suprema Corte reforçou, em sua ementa, a importância da regra da prescrição ao se manifestar da seguinte forma⁵¹:

A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

O STF enfatizou que o TCU, dada à natureza do seu processo, não verifica dolo ou culpa. Dessa forma, não há que se falar em imprescritibilidade, com fulcro no §5º do art. 37 da Constituição Federal. Aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos o prazo prescricional para ações de ressarcimento⁵².

Sob o argumento da União de que a tese pela prescrição afetaria a cobrança de consideráveis quantias devidas ao erário, o STF, enfatizou que a morosidade administrativa não pode comprometer a satisfação de princípios fundamentais e que poderão ser abertos

49 SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020, p.22.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 636.886-AL/2020*. Plenário Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 23 maio 2020.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.1.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.8.

processos por improbidade administrativa, onde, quando considerados de natureza dolosa, esses débitos poderão ser objeto de ressarcimento⁵³.

A Suprema Corte deixou assente que todos agentes públicos, inclusive os do TCU, devem cuidar para a análise mais célere dos processos e que, existindo elementos consistentes de atuação dolosa, relativas à má gestão e dilapidação do patrimônio público, o Ministério Público tem a possibilidade de ajuizar ação civil pública, com base na lei de improbidade, na qual o réu terá oportunidade plena de defesa, ocasião em que, se constatado prejuízo decorrente ato doloso, a ação reparadora será considerada imprescritível⁵⁴.

O Pretório Excelso, na ementa da decisão, mencionou que o TCU não analisa a existência de dolo decorrente de ato improbo administrativo, por não julgar pessoa. Ocorre um julgamento técnico, a partir da análise dos elementos constantes nos autos e apurada a existência de irregularidade que leve a prejuízos ao erário. Motivando acórdão com a imputação de débito com vistas ao ressarcimento. Não se enquadrando, portanto, na excepcionalidade elencada no tema 897⁵⁵.

Desta forma, o STF deixou claro, que são imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento decorrentes de atos ímprobos dolosos; todas as demais, incluindo aquelas anteriores ao advento da Lei 8.429/1992 (alterada pela Lei 14.230/2021) e os posteriores por atos não dolosos, aquelas ações decorrentes de reparação de danos à Fazenda Pública em decorrência de ilícitos civis e aquelas decorrentes da pretensão oriunda por decisão do TCU, são prescritíveis⁵⁶.

Essa última decisão, de forma cristalina, asseverou que a pretensão de ressarcimento ao erário, firmada em decisão, via acórdão, do TCU, prescreve na forma da Lei 6.830/1980⁵⁷.

Ante ao exposto, em suma, o STF analisou três Recursos Extraordinários (669.069/MG, 852.475-SP e 636.886-AL), reconhecidos com repercussão geral sob os temas 666, 897 e 899, que tangenciaram o tema do presente artigo. O primeiro versou sobre questão envolvendo a imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de atos diversos daqueles tipificados como de improbidade administrativa; o segundo foi prolatado em face de decisão inerente a processo judicial por improbidade administrativa, em desfavor de ex-servidores públicos, acusados de fraude em processo licitatório; e o último foi interposto pela União contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5), que manteve a decisão do juízo de primeiro grau no sentido de reconhecer a prescrição e extinguir o processo de execução, proposto pela União em decorrência de não quitação de débito apontado em Acórdão do TCU.

Para o STF, em suma, analisando esses RE's, sob a ótica da natureza dos ilícitos causadores dos danos, firmou três teses: 1) sob o tema 666 foi no sentido de que é prescritível a ação de reparação de danos ao erário em decorrência de ilícito civil; 2) sob o tema 897 foi

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.16.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.16.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.1.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020, p.1.

57 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 282/2020*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/282/%2520/%2520?ts=1590245572368&pb=acordao-completo>. Acesso em: 23 maio 2020, p.1.

no sentido de que as ações de ressarcimento sejam provenientes de prejuízos à Fazenda Pública em virtude de atos tipificados como sendo de improbidade administrativa ou não, são imprescritíveis quando o dano for doloso; e, 3) por último, sob o tema 899, a Suprema Corte inovou ao apresentar um posicionamento no sentido de que a pretensão de ressarcimentos de danos causados ao erário, oriundos de decisão do TCU são prescritíveis.

O Plenário do STF, consolidou esse entendimento em 11/11/2021, quando proferiu Acórdão inerente à ADI 5.509-CE, ao voltar a defender que imprescritibilidade se limita aos atos ímprobos dolosos, conforme RE 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral).

Por fim, cabe repisar que a mais recente tese, fixada em maio de 2020, sob o Tema 899, em repercussão geral c/c aquelas decorrentes dos temas 666 e 897, igualmente em repercussão geral e a decisão proferida na ADI 5.509-CE, estão umbilicalmente ligadas ao tema do presente artigo e ia, claramente, de encontro à ao entendimento do TCU, firmado pela Súmula-TCU 282. O que provocou reflexos imediatos no mundo jurídico e novas discussões sobre o tema, e forçou a Corte de Contas a rever seu entendimento por meio da Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, alterada pela Resolução-TCU 367/2024, passando a observar o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999 e considerar que “Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento” (Art. 2º).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Artigo 70 da Constituição Federal reza que a fiscalização – sob os aspectos patrimonial, orçamentário, financeiro, contábil e operacional – é de competência do Congresso Nacional, mediante controle externo exercido pelo TCU (Art. 71 da Constituição), e por cada poder, por meio dos respectivos controles internos. A atuação do TCU deve ser limitar aos regramentos legais e constitucionais. Entre eles, está o instituto da prescrição.

Desta forma, optou-se em pesquisar se a pretensão de ressarcimento de importâncias devidas ao erário, baseadas em acórdão do TCU são imprescritíveis, conforme reza a Súmula-TCU 282, fulcrada no art. 37, §5º da Lei Maior. A hipótese mais factível seria uma resposta afirmativa a esse entendimento do TCU.

Com o presente artigo, sem a intenção de exaurir o tema, buscou-se verificar se a pretensão de ressarcimento de danos ao erário, fundada em acórdão exarado pelo tribunal de contas da união (TCU), é imprescritível. Para isso, a opção adotada foi em trazer breves considerações acerca da prescrição, das espécies de prejuízos ao erário, das interpretações dadas à ressalva constante na parte final do §5º, art. 37, da Constituição Federal, e os posicionamentos do TCU e do STF.

Verificou-se que a ausência de consenso pela doutrina e pela jurisprudência, quanto à interpretação do §5º art.37 da Constituição Federal, pode gerar insegurança e instabilidade social. Haja vista, que aquele que utilize, guarde, gere, ou arrecade dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária, terá obrigação de prestar contas, e estará sujeito ao controle externo exercido pelo TCU, conforme arts. 70 e 71 da Lei Maior. Tendo em vista que não existem limites temporais para a ação do TCU é de fundamental importância esclarecer se as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis ou não.

Entendeu-se que a prescrição não é propriamente um direito em si, mas tem o condão de contribuir para resguardar a garantia da segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, sendo regra no sistema jurídico. São exceções a essa regra crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Demo-

crático, dispostos no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição.

Compreendeu-se que, para o STF, conforme decisão exarada em sede de repercussão geral (tema 897), à luz da ressalva da parte final do §5º, do art. 37, da Constituição: “(...) ressalvadas as ações de ressarcimento”; os prejuízos decorrentes de ilícitos por atos dolosos de improbidade administrativa são imprescritíveis, sendo mais uma exceção à regra geral da prescrição.

Verificou-se que, mesmo nas decisões do STF, não há consenso quanto à mais adequada interpretação da parte final do §5º, do art. 37, da Constituição, gerando entendimentos controversos na doutrina e na jurisprudência do TCU e do STF.

Constatou-se que, para a doutrina, prevalece a tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento. Já, para o TCU, prevalecia a tese da imprescritibilidade, conforme Súmula-TCU 282, até a edição da Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022, quando o TCU passou a entender que prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento de danos ao erário, em seus processos de controle externo.

Averiguou-se que, para o STF, analisando sob a ótica da natureza dos ilícitos causadores dos danos, firmou três teses sobre a questão, em sede de análise de recursos extraordinários, reconhecidos como repercussão geral. *São elas*: 1) sob o tema 666 foi no sentido de que é prescritível a ação de reparação de danos ao erário em decorrência de ilícito civil; 2) sob o tema 897 foi no sentido de que as ações de ressarcimento sejam provenientes de prejuízos à Fazenda Pública em virtude de atos tipificados como sendo de improbidade administrativa ou não, são imprescritíveis quando o dano for doloso; e, 3) por último, sob o tema 899, a Suprema Corte inovou ao apresentar um posicionamento no sentido de que a pretensão de ressarcimentos de danos causados ao erário, oriundos de decisão do TCU são prescritíveis.

Assim, constatou-se que a mais recente tese, fixada em maio de 2020, sob o Tema 899, em repercussão geral, c/c aquelas decorrentes dos temas 666 e 897, igualmente em repercussão geral, está umbilicalmente ligada ao tema do presente artigo e ia de encontro à Súmula-TCU 282. O que provocou reflexos imediatos no mundo jurídico e novas discussões sobre o tema, forçando a Corte de Contas a rever seu entendimento por meio da Resolução-TCU 344, de 11 de outubro de 2022.

Portanto, me certifiquei que o STF entende que a pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário em razão de decisão de Tribunal de Contas da União é prescritível, conforme tema 899. Bem como, que esse entendimento foi seguido pelo TCU, que decidiu no sentido de que “Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento” (Art. 2º, da Resolução-TCU 344/2022), nos termos e condições previstos naquela resolução regulamentadora.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. Volume 3, 1961.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por dano decorrentes da execução do convênio. Interesse Público – IP*, ano 12, n.60, 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/4062>. Acesso em: 23 maio 2020.

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*: Centro de Atualização Jurídica. v. 1, nº. 4, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 4418*. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, Tribunal Pleno, 15 dez. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 17 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 636.886-AL/2020*. Plenário Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 669.069-MG/2020*. Plenário. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475-SP/2020*. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897#>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1441/2016 no incidente de uniformização de jurisprudência do processo 030.926/2015-7*. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1593667/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2166/2012*. Plenário, 15 agosto, 2012. Relator: Min. Ana Arraes. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2166%2520ANOACORDAO%253A2012%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%-25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=41a7b500-a110-11ea-8061-c1e7e3cd346f. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1781/2017*. Plenário, 16 agosto, 2017a. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1781%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=7360d510-9d03-11ea-a552-27eb79bdbb3a>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 374/2017*. Plenário, 8 março, 2017c. Relator: Min. Bruno Dantas. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/374%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=7360d510-9d03-11ea-a552-27eb79bdbb3a>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 851/2017*. Plenário, 3 maio, 2017b. Relator Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/851%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=7360d510-9d03-11ea-a552-27eb79bdbb3a>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 282/2020*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/282/%2520/%2520?ts=1590245572368&pb=acordao-completo>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*. Ano 5, número 47, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; RODRIGUES, Ricardo Schneider. Efeitos do Transcurso do Tempo e a Polêmica sobre a Prescrição das Multas nos Tribunais de Contas: a aplicação da Lei n. 9.873/1999 por analogia. *Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Vol. 39, n.79, 2018.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizada por Gustavo Binenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. *Revista JRG de Estudos Acadêmicos*, Ano II, Vol. II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. *Revista JRG de Estudos Acadêmicos*, Ano II, Vol. II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Manual de Artigo de Revisão de Literatura*. 2.ed. Brasília: Processus, 2020.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Manual de Projeto de Pesquisa*. 2.ed. Brasília: Processus, 2020.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Metodologia Científica e Redação Acadêmica*. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (versão digital).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A prescrição no Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NASCIMENTO, Bruno Dantas; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Notas sobre a prescrição no Tribunal de Contas da União: a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos Processos de Competência do TCU. *Revista Jurídica (FURB)*. Vol. 23, n. 52, 2019.

NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e instrumento da tomada de contas especial. *Revista do Tribunal de Contas da União*. v. 29, n. 77, jul/set 1998.

SANTOS, Arides Leite. Tomada de Contas Especial. O exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União. *Scoretecci*. 2.ed. rev. atual, 2018.

SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol.7, n.1, 2020.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Prazo prescricional da pena de multa imposta pelos Tribunais de Contas: entre a morosidade legislativa e as divergências jurisprudenciais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 11, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. In: CANOTILHO, Gomes J. J. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. n. 68, 2017.

VASCONCELLOS, Flávia Carvalho de Mesquita. A prescritibilidade do direito da Administração ao ressarcimento. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 79, n. 2, p. 86-101, abr./jun., 2011.

Recebido em: 21.12.2020

Aprovado em: 22.04.2024

Como citar este artigo (ABNT):

SOUZA, Claudio Lisboa de; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; COSTA, Danilo da. (Im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento das importâncias devidas ao erário, por decisão do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.26-47, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/05/DIR51-02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

DA PRIVACIDADE E DO DIREITO À INFORMAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

FROM PRIVACY AND THE RIGHT TO INFORMATION TO PERSONAL DATA PROTECTION

Ricardo Alexandre Costa¹

Carlos Renato Cunha²

RESUMO: Este artigo tem como objetivo dissertar sobre as garantias fundamentais da privacidade e do direito à informação no contexto da era digital em que vivemos, como fundamento à proteção de dados pessoais. Para tanto, trata inicialmente do Direito à Privacidade e sua evolução no que tange à proteção jurídica em face das inovações tecnológicas. Num segundo momento, trata do Direito à informação e o tema do acesso às informações pessoais na era digital. Por fim, analisa a tensão entre o Direito à Privacidade e o Direito à Informação. Este artigo adota o método hipotético-dedutivo, realizando uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando livros, artigos e o texto das leis citadas. Ao final, a pesquisa analisou a complexa relação entre o direito à privacidade e o direito à informação na sociedade digital, enfatizando a importância de encontrar um equilíbrio entre esses princípios para garantir a proteção dos direitos individuais e a transparência pública, tendo em vista que o direito à informação não é absoluto, devendo ser ponderado com a garantia da proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito e tecnologia; proteção de dados pessoais; direito à informação; LGPD.

ABSTRACT: This article aims to discuss the fundamental guarantees of privacy and the right to information in the context of the digital age in which we live, as a basis for the protection of personal data. To this end, it initially deals with the Right to Privacy and its evolution in terms of legal protection in the face of technological innovations. In a second moment, it deals with the Right to information and the issue of access to personal information in the digital age. Finally, it analyzes the tension between the Right to Privacy and the Right to Information. This article adopts the hypothetical-deductive method, carrying out a bibliographical and documentary research, using books, articles and the text of the cited laws. In the end, the research analyzed the complex relationship between the right to privacy and the right to information in the digital society, emphasizing the importance of finding a balance between these principles to guarantee the protection of individual rights and public transparency, considering that the The right to information is not absolute and must be weighed against the guarantee of personal data protection.

Keywords: fundamental rights; law and technology; personal data protection; right to information; LGPD.

1 Mestre em Direito, Sociedade e Tecnologias pela Escola de Direito das Faculdades Londrina/PR. Titular do Cartório de Protestos da Comarca de Foz do Iguaçu PR, Paraná (Brasil).

2 Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela Faculdade Brasileira de Tributação (FBT). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor do Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina/PR. Professor da Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica (PUC-PR). Professor da Graduação em Direito nas Faculdades Londrina/PR. Professor da Pós-Graduação "lato sensu" em Direito em diversas instituições. Professor Conferencista do IBET. Procurador do Município de Londrina (PR). Coordenador da Comissão da Advocacia Pública da OAB, Subseção Londrina. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A Era Digital trouxe consigo uma transformação profunda na maneira como as pessoas se relacionam com a informação e a privacidade. No âmbito jurídico, essa revolução tecnológica suscitou complexos debates sobre a tensão existente entre dois direitos fundamentais: o direito à privacidade e o direito à informação. O presente artigo visa a explorar essa interseção entre garantias fundamentais, bem como os desafios legais e éticos decorrentes desse cenário contemporâneo.

O anseio humano de preservar a intimidade e a vida privada encontra-se em contraposição à necessidade de transparência por parte da Administração Pública, permitindo o acesso a informações. Essa colisão de princípios, descrita por estudiosos como uma das mais clássicas no campo dos direitos fundamentais, suscita questionamentos cruciais sobre como equilibrar o direito à proteção dos dados pessoais e o direito ao acesso à informação em um contexto digital em constante evolução.

Os avanços tecnológicos ampliaram a exposição de dados pessoais na internet e fomentaram uma cultura de transparência e divulgação de informações. A Lei de Acesso à Informação (LAI) no Brasil e legislações similares em outros países têm como objetivo democratizar o acesso às informações públicas, permitindo aos cidadãos avaliarem políticas públicas e participar ativamente nos processos políticos. No entanto, a crescente interconexão digital também trouxe à tona desafios significativos em relação à proteção da privacidade e dos dados pessoais, especialmente no que tange ao acesso a informações sensíveis e à vulnerabilidade do indivíduo diante das tecnologias.

Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) surge como uma resposta legislativa ao desafio de equilibrar o direito à informação com a proteção da privacidade em um ambiente digital. Essa legislação estabelece diretrizes para o tratamento de dados pessoais, definindo os limites e as obrigações das organizações que coletam, processam e armazenam informações pessoais. A possível convergência entre a LAI e a LGPD é um dos temas que se analisará no presente estudo.

Nesse sentido, a presente pesquisa busca, portanto, analisar de forma aprofundada as implicações e inter-relações entre o direito à privacidade e o direito à informação na Era Digital, a partir da discussão de casos concretos e da avaliação das normativas jurídicas pertinentes.

Para tanto, partindo-se de uma metodologia hipotético-dedutiva, com revisão documental e de literatura, serão abordadas questões como a interpretação dos termos jurídicos pertinentes, a relação entre as leis de acesso à informação e de proteção de dados, bem como os desafios enfrentados pelos operadores do Direito na harmonização desses direitos em situações práticas. A análise dessas questões permitirá uma compreensão mais abrangente dos dilemas contemporâneos que cercam o uso, a circulação e a proteção das informações pessoais no ambiente digital, contribuindo para um debate enriquecedor no campo do Direito.

2 DIREITO À PRIVACIDADE: EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DIANTE DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

No entendimento de Castells¹, Russo² e Da Silva et al.³, a informação é um bem tão valioso quanto o dinheiro. O protagonismo da informação nas relações sociais levou a um

1 CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

2 RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019.

3 DA SILVA, S. de A. A. et al. *Herança da informação digital e direito ao esquecimento em redes sociais on-line: uma revisão sistemática de literatura*. Em *Questão*, Porto Alegre, v. 26, n. 1, p. 375-401, jan./abr. 2020.

cenário em que há a necessidade urgente de garantir proteção à privacidade⁴, e cumprimento das garantias previstas na proteção dos direitos humanos, como a privacidade⁵. Nunca se falou tanto em segurança, proteção de dados e privacidade⁶.

Para fins de estudo de Direito, o direito à privacidade é compreendido como gênero, sendo o direito à intimidade compreendido como uma espécie da privacidade. O direito à privacidade (manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade da pessoa) engloba, portanto, o direito à intimidade e de sua proteção jurídica faz parte os dados pessoais, sendo vedado o tratamento de dados sem consentimento expresso do titular⁷.

Venosa⁸ elenca, entre os direitos da personalidade, a proteção à vida, à imagem, do nome, da privacidade, entre outros aspectos que resguardam a dignidade humana. Para o autor, os princípios dos direitos da personalidade estão expressos de forma genérica em dois níveis: na CF/88, que aponta sua base, e, com complementação, no Código Civil brasileiro (CC, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que os enuncia de forma mais específica. Ainda, Venosa destaca que:

Cada vez mais na sociedade avulta de importância a discussão acerca da proteção à imagem, à privacidade, do direito ao próprio corpo, sobre a doação e o transplante de órgãos e tecidos, matéria que também pertence a essa classe de direitos. Da mesma forma se posiciona o direito à natalidade e a seu controle, temas que tocam tanto o Direito como a Economia, Filosofia, Sociologia e religião.⁹

Para Leonardi¹⁰, assuntos como a liberdade de pensamento, controle sobre o próprio corpo, quietude do lar, recato, controle sobre informações pessoais, proteção à reputação, entre outros, são parte do conceito do direito à privacidade. No mesmo sentido, Gressler, Bachinski e Silva asseveram que:

A temática da proteção de dados pessoais assume relevante valor social na sociedade contemporânea, uma vez que a internet possibilita diversas sofisticadas tecnológicas, seja com o desenvolvimento de novos softwares, seja com o armazenamento e divulgação de dados. Este desenvolvimento tecnológico acelerado expõe dados pessoais e gera vulnerabilidade das informações dos indivíduos. Nesse contexto, a violação aos direitos da personalidade, dentre eles, o direito à privacidade e à intimidade, tornaram-se mais frequentes.¹¹

A Constituição Federal, de 1988 (CF/88), por sua vez, não faz menção ao termo “privacidade”, mas dita como garantia fundamental de todo brasileiro e estrangeiros residentes

4 BASTOS, F. A. de; BASSI, M. C. P. C.; CASSI, G. H. G. Legítimo interesse como excluyente de responsabilidade civil à luz da lei geral de proteção de dados. *Brazilian Journal of Development*, v.7, n.7, p.71582-71607, 2021.

5 PINHEIRO, P.P. *Proteção de Dados Pessoais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

6 ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUÁRCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG, Belo Horizonte, 2020.

7 GRESSLER, I.C.; BACHINSKI, F. L.; SILVA, R. L. *A divulgação indevida de informações pessoais em site de universidade gaúcha: resposta jurisdicional entre a óptica constitucional e os princípios da lei n. 13.709/2018*. X Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede. UFSM, 2019.

8 VENOSA, S. de S. *Direito Civil*. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

9 VENOSA, S. de S. *Direito Civil*. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 180.

10 LEONARDI, M. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

11 GRESSLER, I.C.; BACHINSKI, F. L.; SILVA, R. L. *A divulgação indevida de informações pessoais em site de universidade gaúcha: resposta jurisdicional entre a óptica constitucional e os princípios da lei n. 13.709/2018*. X Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede. UFSM, 2019, p. 2.

no País a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (Art. 5º, X). A proteção de dados pessoais pode ser interpretada como um desdobramento do direito fundamental à privacidade, protegido pela CF/88 e, também, garantida pelo art. 11 do CC – “Art. 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”; e pelo art. 21 do CC, que prevê que “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Esquarcio e Esquárcio¹² afirmam que, mesmo que o CC, em seu art. 21, salvaguarde a vida privada da pessoa natural, a vigilância ao cidadão é permanente, para o bem e para o mal. Ainda, segundo os autores:

Vivemos tempos de uma sociedade altamente informatizada e virtualizada, em que pelo menos nos grandes centros urbanos existe uma malha de conexão tecnológica, com dados sendo coletados a todo momento. Hoje em dia, qualquer pessoa após fazer uma pesquisa em um site de busca na internet, é bombardeada por publicidades sobre o produto ou serviço que se buscou, todo tipo de informativo começa a aparecer para o usuário sem o seu consentimento. Ao pesquisar sobre um evento esportivo ou cultural para ir num sábado à noite, o usuário vai receber notificações de toda sorte de espetáculos em cartaz; ao pesquisar o preço de um produto qualquer, o usuário vai ser bombardeado por toda sorte de publicidade sobre este produto em todas as suas mídias digitais e por dias seguidos. Hoje em dia, qualquer celular com conexão à internet é como uma grande antena disponível para captar e enviar todo tipo de dados e informação sobre o seu usuário. Os governos e as grandes organizações corporativas, além dos meios de comunicação, captam de forma invisível e silenciosa os dados de todos os sistemas eletrônicos como celulares, tablets e computadores¹³

Silva¹⁴ avalia que a CF/88, por não trazer expressamente positivamente do direito à privacidade, exaure na terminologia da “intimidade”, diferenciando-a da proteção delegada à honra, à imagem e à vida privada. Assim, para o autor:

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão “direito à privacidade”, num sentido amplo e genérico, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou¹⁵.

Já, segundo Monteiro¹⁶, a intimidade, em uma acepção clássica, pode ser entendida como “[...] a prerrogativa que o indivíduo possui perante os demais, inclusive o Estado, de ser

12 ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUARCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG – Belo Horizonte, 2020.

13 ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUARCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG – Belo Horizonte, 2020, p. 15.

14 SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

15 SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 206.

16 MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 31.

mantido em paz no seu recanto. É, na essência, o mecanismo de defesa da personalidade humana contra ingerências alheias indesejadas e ilegítimas”. O autor apresenta o princípio da exclusividade, de Hannah Arendt, baseado em Kent, que postula que a intimidade contém três exigências: a solidão (o desejo de estar só), o segredo (sigilo) e a autonomia (liberdade de decidir sobre si).

Esse conteúdo normativo, a que se refere ao tratar do dito “direito à privacidade”, é visivelmente observado com maior precisão à luz do que se convencionou denominar “teoria das esferas”. A Teoria dos Círculos Concêntricos – ou Teoria das Esferas da Privacidade –, de Hubmann e Henkel, diferencia, desde a década de 1950, a esfera pública da privada e apregoa a existência de três círculos (um dentro do outro) abstratos: a circunferência externa é a privacidade (de maior amplitude), a circunferência intermediária é a intimidade e a circunferência mais oculta é a do segredo.

Sendo assim, a primeira esfera da privacidade corresponderia ao núcleo essencial, e por isso intangível, da privacidade, abrangendo aspectos íntimos da pessoa. Complementarmente, haveria uma segunda esfera, ligada sobretudo às informações sigilosas ou restritas à vida comercial, familiar e profissional da pessoa. Ao passo que a terceira esfera estaria relacionada ao aspecto social do indivíduo, aos quais situam-se o direito à imagem e à palavra.

Em uma interpretação semelhante, Costa e Dalledone afirmam que o direito à privacidade *lato sensu* está submetido a três círculos protetivos concêntricos, de intensidade decrescente – a teoria das esferas –, explicando que:

[...] a esfera interna, que corresponde ao âmbito mais íntimo da liberdade humana, que pode estar acobertada pelo segredo (do qual são exemplos o direito à intimidade e as liberdades de manifestação de pensamento, de consciência e de crença – art. 5º, incs. IV, VI e X); a esfera privada ampla, que abarca todas as questões relacionadas à autonomia do indivíduo enquanto integrante da sociedade (como, dentre outros, o direito à honra, ao sigilo de correspondência e a liberdade de profissão – art. 5º, incs. X, XII e XIII); a esfera pública, que engloba tudo que não esteja inserido nas anteriores.¹⁷

Essa teoria, apesar de não abarcar todas as situações de fato que são envolvidas cotidianamente na proteção da privacidade, é um importante marco referencial sobre a proteção global do indivíduo e, conseqüentemente, de suas informações, no âmbito de proteção à privacidade.¹⁸

Monteiro¹⁹ afirma que, pelas mudanças impostas à sociedade e pelos novos meios de comunicação social, o direito à intimidade e à privacidade confere ao indivíduo o poder de controle sobre a circulação de informações a seu respeito. É do homem, enquanto centro de referência de informações, a decisão sobre quando, como, em que extensão e para que

17 COSTA, I.; DALLEDONE, R. Direito à privacidade X Direito à informação: novos aportes para o debate brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 18, n. 2, 2020, p.136.

18 Segundo Leonardi, alguns avanços tecnológicos tornam obsoletas ou incompleta algumas teorias. Apesar de ampla a aceitação e da popularidade da teoria das esferas, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, para o autor, é a “teoria do mosaico” que conseguiria lidar com formas sofisticadas de ataque à privacidade na era digital. Leonardi pondera que público e privado são conceitos relativos, que devem ser analisados em função de quem é o outro sujeito em uma ‘relação informativa’, pois existem dados irrelevantes *a priori* do ponto de vista da intimidade, mas que, em conexão com outros dados, igualmente irrelevantes em si, podem servir para tornar totalmente transparente a personalidade de um indivíduo, tal como ocorre com pedras que formam os mosaicos: em si mesmas, não dizem nada, mas unidas podem formar conjuntos plenos de significado. (LEONARDI, M. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p.73-77).

19 MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 33.

finalidade uma informação deverá ser conhecida por terceiros. Por outro lado, nem toda informação interessa à tutela constitucional.

Existe uma gama de dados pessoais cujo conhecimento e divulgação não avançam propriamente sobre a esfera da privacidade do indivíduo. A rigor, a informação só é objeto de proteção se relacionada com a intimidade, a identidade e a autonomia. Em geral, pode-se dizer que a invasão na intimidade e na vida privada pressupõe o conhecimento de uma particular informação que seu titular não deseja seja obtida por outros. Nessa ordem de idéias, a privacidade guarda relação com a vontade individual, com a necessidade de se expor e, ainda, de se retrair frente aos demais homens, guardando para si, se assim necessitar, suas informações pessoais²⁰.

Góis²¹ afirma que, no Brasil, tanto a privacidade quanto a intimidade foram tuteladas a nível constitucional – no meio do processo de constitucionalização de direitos próprio do movimento neoconstitucionalista – pela CF de 1988, Título II – Do Direito e Garantias Fundamentais, Capítulo I, art. 5º, X, que apregoa que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Segundo Monteiro²²:

Em meio ao catálogo de direitos fundamentais contido no artigo 5º da Constituição Federal, encontram-se aqueles destinados à tutela da intimidade e da vida privada, que são espécies de direitos da personalidade. Tais direitos englobam diferentes aspectos: o resguardo das informações, a privacidade corporal, a inviolabilidade das comunicações e a privacidade territorial, por exemplo.

Revisita-se, oportunamente, a definição de Direito Fundamental. Na definição de Tavares²³, os direitos fundamentais são:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Na mesma senda, Moraes²⁴ conceitua tais direitos como:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

20 MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 33.

21 GÓIS, J. A. de O. *A intimidade e a vida privada em face de biografias não autorizadas. Avanços da esfera pública sobre a esfera privada*. Dialética, 2020. E-book.

22 MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 27.

23 TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 362.

24 MORAES, A. de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

25 MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 204.

Para Mendes²⁵, “[...] da perspectiva material, podem ser considerados direitos fundamentais todas aquelas pretensões reconhecidas em determinado período histórico como indispensáveis ao livre desenvolvimento da dignidade da pessoa humana”.

Ainda, se faz oportuna a distinção de direitos fundamentais de outras categorias, tais como as garantias individuais ou as garantias institucionais – categorias também relevantes do direito constitucional –, para que se compreenda adequadamente sua definição. Segundo as lições de Miranda²⁶, a distinção se opera nos seguintes termos:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção juracionista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Além disso, a categoria dos direitos fundamentais não se confunde com as chamadas *garantias institucionais*. Essa categoria resulta da concepção de que certos institutos (direito privado) ou instituições (direito público) são tão indispensáveis à ordem jurídica que devem ter sua essência preservada, mediante um complexo de normas jurídicas. As garantias institucionais, portanto, não se constituem em direitos atribuídos diretamente aos indivíduos, mas sim a determinadas instituições ou institutos que detém sujeito e objeto distintos. Alguns exemplos dessas garantias são: a tutela da liberdade de imprensa, da autonomia universitária, da propriedade privada, do funcionalismo público, dos entes federativos, da família, da maternidade, dentre outras.

No mesmo sentido, importa trazer o entendimento de Laureano e Benfatti²⁷ quando afirmam que:

[...] é curial apontarmos para distinção existente entre direitos e garantias fundamentais, eis que o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos como sendo espécie do gênero direitos e garantias fundamentais, entretanto o texto constitucional não define com exatidão o real delineamento das distinções existentes.

Segundo os autores, as garantias constitucionais possuem caráter instrumental, ou seja, não são um fim em si mesmas, já que “[...] são mecanismos criados para proteger os direitos fundamentais e assegurar a sua afetividade. Já os direitos fundamentais são bens e vantagens inseridos na norma constitucional”²⁸.

Segundo Botelho²⁹, a proteção das pessoas, relativamente ao tratamento de seus dados pessoais, é, portanto, um direito fundamental, garantido pela Carta Magna. A Proposta de

26 MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional: Tomo IV*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 88-89.

27 LAUREANO, J. C.; BENFATTI, F. F. N. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2021, p. 92.

28 LAUREANO, J. C.; BENFATTI, F. F. N. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2021, p. 92.

29 BOTELHO, M. C. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Argumenta Journal Law*, n. 32 p. 191-207, jan./jun. 2020.

Emenda Constitucional (PEC) 17/19 teve origem em um cenário conturbado pela *Big Data*³⁰, *Data Mining*³¹ e pressões internacionais para a regulamentação das formas de obtenção e tratamento dos dados pessoais. A tramitação da PEC 17/19, dentre outras coisas, visava incluir no rol de direitos fundamentais o direito à proteção de dados pessoais, alterando o art. 5º, XII da Constituição. Após algumas modificações de caráter apenas estilístico, a PEC 17/19 deu origem à Emenda Constitucional (EC) 115/22³² e foi promulgada pelo Congresso Nacional aos 10 de fevereiro de 2022. Atualmente, por meio da EC nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, passou a ser citado no art. 5º, inciso LXXIX, com o seguinte texto:

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

[...]

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

[...]

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Tal EC inaugura uma nova era, incluindo a proteção dos dados pessoais aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Ainda, a EC nº 115 acrescentou à CF/88 o inciso XXVI ao art. 21, e o inciso XXX ao art. 22, que passaram a determinar que a União é a responsável por organizar, fiscalizar e legislar sobre a proteção e tratamento de dados pessoais.

DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

[...]

CAPÍTULO II

DA UNIÃO.

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.

Ocupando-se da teoria de Schreiber³³, faz-se importante para esta dissertação apresentar as duas dimensões da problemática que envolve a privacidade e a proteção

30 Etimologicamente o termo Big Data surgiu no meio da década de 1990, utilizado pela primeira vez por John Mashey, um cientista aposentado, para se referir à manipulação e análise de um grande volume de dados, com capacidade de rápida expansão (KITCHIN, R. *The data Revolution: big data, open data, data infrastructure & their consequences*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2014. p. 99), tendo como elemento principal o registro de qualquer fenômeno, natural ou não, em dados (AMARAL, F. *Introdução à ciência de dados*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 9).

31 Data Mining (ou mineração de dados) é o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes. Por meio do Data Mining, uma empresa é capaz de explorar um conjunto de dados, extraindo padrões específicos que auxiliam na confecção de relatórios direcionados. As empresas são capazes de acumular grande volume de dados brutos que dizem quem comprou o quê, onde, quando e em que quantidade e analisar para que empresa o indivíduo é melhor cliente (RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019).

32 “Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais”.

33 SCHREIBER, A. *Direito da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

jurídica de dados pessoais. A primeira dimensão se debruça sobre o modo como são obtidos e tratados os dados pessoais (dimensão procedimental) e a segunda se ocupa do uso em si que se faz dos dados pessoais (dimensão substancial).

Na dimensão procedimental, com foco na forma pela qual a informação pessoal é coletada e tratada até eliminação, pode ocorrer a coleta clandestina ou desautorizada – evidente invasão de privacidade e considerada ilegal – facilitada principalmente pelo emprego de tecnologias³⁴. Keinert e Cortizo³⁵ também entendem que a “sociedade da vigilância” (“sociedade do risco” ou “sociedade da informação”) – cibercultura, ciberespaço, uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), onde o indivíduo é vigiado por seus pares, por meio de redes sociais e comunicacionais – ao desafiar as normas democráticas, tem acesso facilitado a informações pessoais, o que reflete evidentemente na privacidade. Importa apresentar a definição dada por Wachowicz:³⁶

Na Sociedade Informacional a computação se desenvolve através do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), em especial por meio de redes de conexão e transmissão de dados, conhecida como Internet, qual se popularizou e institucionalizou a chamada Governança Global. [...] A nova ordem mundial nas relações internacionais do século XXI se perfaz pelo uso massivo das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's), a exemplo da Internet na capacidade de compartilhar em tempo real a mesma informação a milhões de pessoas desde que conectadas a uma rede.

É oportuno exibir o conceito de internet apresentado por Leonardi³⁷. Segundo o autor, a internet é definida como uma rede internacional de computadores conectados entre si, que serve, entre outras coisas, como um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global. Ainda, para Leonardi³⁸, todo o operador de Direito deveria compreender os elementos técnicos fundamentais sobre a internet para ações e decisões corretas em âmbito judicial.

Schreiber³⁹ trata como dimensão procedimental, enquanto Keinert e Cortizo⁴⁰ nomeiam dimensão tecnológica, mas ambas visões coadunam que a privacidade dos dados pessoais é seriamente ameaçada pelo uso extensivo e ofensivo das tecnologias da comunicação como forma de extrair, mercantilizar (transmitir) e controlar as informações pessoais do indivíduo.

No entendimento de Schreiber⁴¹, na dimensão substancial – que tange o emprego oferecido às informações pessoais colhidas – é importante que haja o consentimento para que não se violem direitos fundamentais. Segundo Soler⁴²:

A primeira observação a ser feita é que o consentimento não pode ser encarado como uma presunção, ele deve ser fornecido por escrito, com cláusula destacada, ou por meio que demonstre a efetiva manifestação da vontade do titular, cabendo ao agente de tratamento a responsabilidade para tanto, mais especificamente ao controlador.

34 SCHREIBER, A. *Direito da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

35 KEINERT, T. M. M.; CORTIZO, C. T. Dimensões da privacidade das informações em saúde. *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n. 7, p. e00039417, 2018.

36 WACHOWICZ, M. (Org). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba, PR: Gedai, 2020, p. 598.

37 LEONARDI, M. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

38 LEONARDI, M. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

39 SCHREIBER, A. *Direito da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

40 KEINERT, T. M. M.; CORTIZO, C. T. Dimensões da privacidade das informações em saúde. *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n. 7, p. e00039417, 2018.

41 SCHREIBER, A. *Direito da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

42 SOLER, F. G. *Proteção de Dados: Reflexões Práticas e Rápidas Sobre a LGPD*. São Paulo: Saraiva, 2021, p.60. E-book.

Por um lado, há a necessidade de fornecer informações pessoais para que se concretizem inúmeras ações (tais como: compras, acessos à documentos, acessos bancários, serviços públicos, entre outras), por outro lado, há a subversão da finalidade primeira do fornecimento de tais dados. Russo⁴³ esmiúça o processo chamado de *data mining* (mineração de dados), que ocorre quando os dados pessoais são armazenados em bancos de dados de acordo com características consideradas relevantes por um controlador, mas são acessados à procura de padrões consistentes, direcionados a atividades específicas:

No exercício de suas atividades, as empresas acumulam grande volume de dados pessoais em seus aplicativos operacionais. São dados brutos que dizem quem comprou o quê, onde, quando e em que quantidade e a análise sobre eles serve para conhecer melhor os clientes, seus padrões de consumo e suas motivações. Nesse cenário, o cidadão assume papel de protagonismo no fornecimento de suas informações, mas por outro lado, de coadjuvante no seu uso⁴⁴.

Portanto, não há, na sociedade atual, a possibilidade de um indivíduo ter todas as suas informações, totalmente privadas, por todo o tempo. Desde o nascimento, o indivíduo passa a ser conhecido por meio de suas informações e estas informações encontram-se armazenadas nos bancos de dados de um hospital, depois de um cartório de registro de pessoas naturais, depois de uma escola (Educação Infantil, seria a primeira experiência) e assim, para o resto da sua vida em sociedade, suas informações serão acessadas a cada vez que dele forem necessários dados pessoais.

3 DIREITO À INFORMAÇÃO E O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS NA ERA DIGITAL

É imprescindível, para que se entenda a discussão apresentada neste capítulo, que se observe a diferença entre dado e informação. Em diversos contextos jurídicos, a informação, sob o aspecto de documentação organizada, é o produto da análise dos dados existentes e que um dado é qualquer elemento identificado em sua forma bruta que, por si só, não conduz a uma compreensão de determinado fato ou situação. Infere-se, portanto, que um dado, após interpretação, análise, tratamento torna-se informação. Amaral⁴⁵ afirma que dados são os fatos que são coletados e armazenados.

Nesse mesmo sentido, Hoffman⁴⁶ define o dado como uma “[...] informação bruta, sendo considerado a matéria-prima a ser utilizada na obtenção de informações e que podem ser: registros quantitativos ou qualitativos [...]”, que descrevem algum evento representados por meio de símbolos, letras, números, textos entre outras formas e suportes. A difícil compreensão do propósito dos dados esbarra na falta de estruturação e o estabelecimento de relações, o que os tornam informação. A informação, por sua vez é caracterizada por “[...] uma mensagem com dados que são compreendidos, podendo ser audível ou visível, e onde existir um emissor e um receptor”⁴⁷. O processo de transformação de dados em informação envolve ferramentas de análise, aplicação da matemática a grandes quantidades de dados⁴⁸.

43 RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019.

44 RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019, p. 28.

45 AMARAL, F. *Introdução à ciência de dados*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

46 HOFFMANN, W. A. M. *Gestão do conhecimento: desafios de aprender*. São Carlos: Compacta, 2009, p. 11.

47 HOFFMANN, W. A. M. *Gestão do conhecimento: desafios de aprender*. São Carlos: Compacta, 2009, p. 11.

48 MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Ao escrever sobre privacidade e transparência no acesso à informação pública, Doneda⁴⁹ distingue dado e informação desta forma:

[...] em relação à utilização dos termos ‘dado’ e ‘informação’, vale uma especificação. O conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica uma certa promiscuidade na sua utilização. Ambos os termos podem ser utilizados para representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade. Não obstante, há uma carga semântica específica em cada um desses termos. Assim, o termo dado apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como se fosse uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida; o dado estaria, portanto, associado a uma espécie de ‘pré-informação’, anterior à interpretação e a um processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de elaboração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido de ser capaz de, objetivamente, reduzir um estado de incerteza.

Bioni⁵⁰ esclarece que, para melhor compreender a diferença de dados e informações, na Era da Informação, dados (*lato sensu*) são fatos isoladamente considerados, que dependem de processamento e sozinhos não acrescem conhecimento a nenhuma área; informações são o encadeamento dos fatos (dados) que possibilite uma conclusão lógica, isto é, informação é a organização que converte o dado em algo decifrável e que em conjunto com a interpretação agrega conhecimento.

Interessa apresentar a análise de Sampaio⁵¹: a pessoa, isoladamente ou enquanto ser social, é um “centro de referência de informações”; o direito à intimidade, espécie do gênero vida privada, consiste numa gama de faculdades que permitem a seletividade de informações que penetram (“*inputs*”) e que partem (“*outputs*”) do campo perceptivo da pessoa.

O controle, não absoluto, sobre os *inputs* de informação (as informações que vem do exterior), reflete-se no direito de a pessoa selecionar as impressões que transmitem informações (como o som, por exemplo) das quais ela quer ou não ser receptora. Assim, a pessoa tem o direito de abster-se de impressões sensíveis que veiculem uma informação que “[...] interfira em sua tranquilidade e provoque ou possa provocar turbção moral”⁵². Já, o controle sobre os *outputs* de informação representa o direito de a pessoa controlar a circulação de suas informações pessoais.

O autor trata como informação pessoal aquela que diz respeito a uma pessoa, em um sentido amplo, capaz de abranger o fenômeno conhecido como “projeção da personalidade”⁵³. Essa visão, atualmente, encontra apoio em grande parte da doutrina que, segundo o referido autor, reconhece que existem dois modos de violação da intimidade: o conhecimento e a difusão de fatos privados.

49 DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba/SC, vol. 1, n. 2, p. 91-108, jul/dez.2011, p. 94.

50 BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

51 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

52 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 364-5.

53 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 374.

No entendimento de Esquárccio e Esquarcio⁵⁴, nunca se produziu tanto conteúdo com temáticas ligadas à segurança, proteção de dados e privacidade. A situação apresentada pelos autores é tão perturbadora que se torna relevante reproduzir, pois, apesar de parecer enredo de um cenário visto apenas em filmes futuristas, descreve exatamente o que os indivíduos vivem diariamente:

Vivemos tempos de uma sociedade altamente informatizada e virtualizada, em que [...] existe uma malha de conexão tecnológica, com dados sendo coletados a todo momento. Hoje em dia, qualquer pessoa após fazer uma pesquisa em um site de busca na internet, é bombardeada por publicidades sobre o produto ou serviço que buscou, todo tipo de informativo começa a aparecer para o usuário sem o seu consentimento. Ao pesquisar sobre um evento esportivo ou cultural para ir num sábado à noite, o usuário vai receber notificações de toda sorte de espetáculos em cartaz; ao pesquisar o preço de um produto qualquer, o usuário vai ser bombardeado por toda sorte de publicidade sobre este produto em todas as suas mídias digitais e por dias seguidos. Hoje em dia, qualquer celular com conexão à internet é como uma grande antena disponível para captar e enviar todo tipo de dados e informação sobre o seu usuário. Os governos e as grandes organizações corporativas, além dos meios de comunicação, captam de forma invisível e silenciosa os dados de todos os sistemas eletrônicos como celulares, tablets e computadores. A vigilância ao cidadão é permanente, para o bem ou para o mal⁵⁵.

Os autores asseveram, ainda, que a internet foi criada para compartilhar informações e interligar pessoas e não para “esconder” dados⁵⁶. Neste mesmo viés, novas e inimagináveis tecnológicas são desenvolvidas em diversas áreas do conhecimento e os avanços na informatização, as inovações tecnológicas, a criação de *softwares* de alta *performance* e alargamento do acesso à internet, e a todos estes avanços, impactam, em particular, os meios de coleta, armazenamento, tratamento e divulgação de informações e dados pessoais.

Na visão de Bioni⁵⁷:

A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial. Ainda que essa nova forma de organização social não se resume apenas ao meio ambiente virtual, a computação eletrônica e a internet são ferramentas de destaque desse processo.

No mesmo sentido, para Monteiro⁵⁸, a liberdade de expressão e informação é uma das mais estimadas características dos regimes democráticos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 19, versa sobre o direito à liberdade de opinião e expressão, e declara que todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

54 ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUARCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG – Belo Horizonte, 2020.

55 (ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUARCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG – Belo Horizonte, 2020, p. 15.

56 ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUARCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG – Belo Horizonte, 2020.

57 BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 30.

58 MONTEIRO, C. V. A. *Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007.

No entendimento de Russo⁵⁹ e Da Silva et al.⁶⁰, a informação é um bem tão valioso quanto o dinheiro, porém, apesar de ser o núcleo para o desenvolvimento econômico, de modo geral, a problemática do acesso à informação está em sua geração, seu processamento, e sua transmissão⁶¹. Para Almeida e Soares⁶²:

Os avanços tecnológicos trazidos pela era digital, fizeram com que as informações coletadas pelas empresas e instituições (pública e privada), se tornassem valiosos ativos para o aspecto econômico. Esse movimento demandou uma nova visão, ao celebrar a informação como um bem valioso, e sua proteção, uma prioridade. Nesse espaço, diversos países se viram diante da necessidade de elaborar leis como forma de regulamentar o tratamento, disponibilidades, acessibilidade e uso desses bens, os dados pessoais e informações.

Neste viés, segundo Botelho⁶³, o centro da discussão é a produção e manipulação de dados pessoais e o limite do tratamento das informações disponibilizadas no *Big Data*, na era da sociedade da informação. Desta forma, na era da informação, o que se observa é a vulnerabilidade dos dados pessoais, da segurança, privacidade e intimidade. Por outro lado, de acordo com Mayer-Schönberger e Cukier⁶⁴, o aumento da disponibilização de informações faz com que as corporativas ganhem margem para inovar, possibilitando a melhora da competitividade.

Botelho⁶⁵ afirma que, no momento histórico vivido, dado e informação são importantes ativos das empresas e configuram-se imprescindíveis para a consecução das atividades e objetivos corporativos. Em outras palavras, “[...] os dados se tornaram matéria-prima dos negócios, um recurso econômico vital, usado para criar uma nova forma de valor econômico”⁶⁶. É neste contexto que o direito à informação, positivado pela CF/88, no art. 5º, incisos XIV⁶⁷ e XXXIII, e 220, § 1º, assume extraordinária relevância. Ressalta-se que, neste último, a privacidade figura como limite constitucional expresso à liberdade de comunicação social.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII⁶⁸ do art. 5º, no inciso II⁶⁹ do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CF/88, além de alterar a Lei nº 8.112, de 11 de

59 RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019.

60 DA SILVA, S. de A. A. et al. Herança da informação digital e direito ao esquecimento em redes sociais on-line: uma revisão sistemática de literatura. *Em Questão*, Porto Alegre, v. 26, n. 1, p. 375-401, jan./abr. 2020.

61 BASTOS, F. A. de; BASSI, M. C. P. C.; CASSI, G. H. G. Legítimo interesse como excludente de responsabilidade civil à luz da lei geral de proteção de dados. *Brazilian Journal of Development*, v.7, n.7, p.71582-71607, 2021.

62 ALMEIDA, S. do C. D. de; SOARES, T. A. *Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD no cenário digital Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 27, n. 3, p. 26-45, jul./set 2022, p. 27.

63 BOTELHO, M. C. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Argumenta Journal Law*, n. 32 p. 191-207, jan./jun. 2020.

64 MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

65 BOTELHO, M. C. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Argumenta Journal Law*, n. 32 p. 191-207, jan./jun. 2020.

66 MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 4.

67 “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

68 “XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

69 “II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”

70 “§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”

dezembro de 1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União) e revogar a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005 (acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral), e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991 (acesso e sigilo dos documentos públicos), dando outras providências. Segundo Wachowicz⁷¹:

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) é outro marco importante na discussão sobre proteção de dados face ao poder público, pois estabelece procedimentos que devem ser respeitados pelos entes estatais para assegurar o direito fundamental de acesso à informação.

A LAI prevê que o acesso às informações sobre os atos realizados pela Administração Pública é de interesse coletivo, portanto, qualquer cidadão tem o direito de fiscalizar os processos licitatórios, as execuções de obras e as prestações de contas, dentre outros exemplos que se pode citar. Sendo assim, a LAI se fundamenta sobre o princípio da publicidade dos atos administrativos nas três esferas de poder. Neste mesmo sentido, a LAI inclui a obrigação de o Poder Público observar a proteção de dados pessoais (o que acaba por ser complementado pela proteção prevista na LGPD, como será visto posteriormente).

É importante esclarecer que o direito à informação se apresenta sob duas faces: a primeira consiste no direito de informar, isto é: a prerrogativa de comunicar de maneira não violenta algo a outrem, como decorrência direta do direito de liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV e IX); a segunda, consiste no direito de ser informado, isto é: de receber mensagens, ideias e dados, seja por terceiros, pelos meios de comunicação ou pelo próprio Estado (art. 5º, incs. XIV e XXXIII; art. 37, § 3º, II; e 220, caput).

Segundo Costa e Dalledone⁷²:

Já foi assinalado que a liberdade informacional é requisito para um regime democrático [...]. Como qualquer direito fundamental, todavia, a liberdade de informação não é absoluta, encontrando limites expressos no próprio texto constitucional, como nos casos de sigilo das comunicações pessoais (art. 5º, inc. XII), das fontes jornalísticas (art. 5º, inc. XIV), do exercício de determinadas profissões, e do sigilo “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII). Há, ainda, os casos de “segredo de justiça” no âmbito dos processos judiciais (art. 93, inc. IX). Além disso, há possibilidade de colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade, a demandar a tarefa de ponderação dos valores em conflito.

Passa-se, após tal esclarecimento, à discussão do direito à informação versus o direito à privacidade.

4 DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS DIREITO À INFORMAÇÃO: DESAFIO DA ERA DIGITAL

Segundo Góis⁷³, não é nova a temática que se debruça sobre a tensão existente entre o anseio/afã humano de preservar a intimidade e a vida privada – reservando e preservando seu círculo social – e a necessidade histórica de expressar e saber – consubstanciada na liberdade de expressão e no direito difuso à informação. No entendimento de Leonardi⁷⁴, a

71 WACHOWICZ, M. (org). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba, PR: Gedai, 2020, p. 367.

72 COSTA, I.; DALLEDONE, R. Direito à privacidade X Direito à informação: novos aportes para o debate brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 18, n. 2, 2020, p.137.

73 GÓIS, J. A. de O. *A intimidade e a vida privada em face de biografias não autorizadas. Avanços da esfera pública sobre a esfera privada*. Dialética, 2020. E-book.

74 LEONARDI, M. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 122.

individualidade da pessoa deve ser incorporada ao conceito de bem comum, e não entendida como seu contraponto. Quando a individualidade é separada do bem comum, o valor da privacidade diminui, e o sopesamento de princípios tende a favorecer aqueles tradicionalmente relacionados a interesses coletivos, já que os interesses sociais tendem a preponderar sobre interesses individuais.

Assim, uma das colisões de direitos fundamentais mais clássica que existe é o conflito entre a liberdade de informação e o direito à privacidade, pois tais direitos estabelecem diretrizes em direções opostas: “[...] os direitos de personalidade se orientam no sentido da proteção da esfera privada [...]; já a liberdade de expressão segue o rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, caminha em direção totalmente contrária”⁷⁵.

Barroso⁷⁶ corrobora tal entendimento ao afirmar que a ponderação de valores, tais como “[...] o debate acerca do papel da imprensa, da liberdade de expressão e do direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada”, é um dos grandes temas da atualidade constitucional no Brasil. Em seu artigo 12, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem apregoa que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”.

Nascimento⁷⁷ afirma que a CF/88 amadureceu discussões relacionadas ao acesso à informação. Segundo o autor, ainda na década de 1970, surgiu no meio arquivístico uma nova preocupação com o objeto científico do conhecimento, no qual antes estava resignado em uma ótica, agora passava por uma mudança de paradigmas, o eixo central deixava de ser o arquivo, e passa ser à informação. A preocupação com a preservação de objetos digitais está ligada à dinâmica da problemática de acesso à informação:

Logo, é visto que a preocupação com o acesso à informação gera um cenário particular. Uma alusão que encaixa bem neste conceito, seria o simbolismo de uma moeda, a face da cara, seria o caráter interdisciplinar da ciência da informação, que permite contextualizar, nas humanidades digitais, um conjunto da produção civilizatória que sofre ação em um ambiente digital; e na coroa, a face da governança eletrônica (e-governance), sendo a ação do Estado dentro do ambiente digital, a sua forma de trazer controle e segurança a esse espaço. Em ambos os aspectos a preservação do objeto digital pode se encaixar no conceito figurativo, sendo uma moeda com essas duas faces, em que o valor monetário é a garantia do acesso à informação⁷⁸.

De acordo com Gonçalves e Varella⁷⁹, o respeito aos dados pessoais tem sido discutido amplamente após a publicação do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e dos decretos de regulamentação, pois tal lei positivou a demanda da sociedade por maior transparência, com informações claras, inclusive, de natureza pessoal ou sigilosa, sob guarda da Administração Pública Federal. Por outro lado, o direito fundamental à privacidade,

75 MARMELESTEIN, George. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. Currículo Permanente – *Caderno de Direito Constitucional* – TRF 4ª Região, Porto Alegre, mod. 5, p. 59, 2008.

76 BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p.616. E-book.

77 NASCIMENTO, H. J. C. A. do. *Políticas públicas para preservação digital: um panorama das inter-relações conceituais da legislação brasileira*. 2021. 150 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2021.

78 NASCIMENTO, H. J. C. A. do. *Políticas públicas para preservação digital: um panorama das inter-relações conceituais da legislação brasileira*. 2021. 150 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2021, p. 16.

79 GONÇALVES, T. C. N. M.; VARELLA, M. D. *Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis*. Revista Direito FGV. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 513-536, maio/ago. 2018.

intrínseco a personalidade e dignidade da pessoa humana, é digno de atenção diante do avanço tecnológico na chamada Era da Informação, pois o comércio de dados pessoais ameaça a proteção deste bem jurídico e causa danos ao titular. Sendo assim:

Um dos grandes desafios da atualidade é tentar atender às regras de transparência e publicidade exigidas pela chamada Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) e, ao mesmo tempo, respeitar as necessárias restrições quanto à confidencialidade da informação no caso de grandes bases de dados que apresentam informações sensíveis⁸⁰.

Segundo Bioni⁸¹, tanto o direito à informação, quanto o direito à proteção de dados pessoais são direitos fundamentais:

[...] expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, regulamentados, respectivamente, pela Lei de Acesso à Informação (LAI – lei 12.527/2011) e pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – lei 13.709/2018). Ambas são resultado de anos de intenso trabalho e pressão conjuntos da sociedade civil em prol da garantia efetiva de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiro.

Destaca-se o entendimento do Conselho da Justiça Federal (CJF, 2021), em seu Enunciado 531, sobre o direito de a personalidade ser o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, entre outros. Tal enunciado defende o direito ao esquecimento, tratando como implícito à regra legal que assegura a proteção à intimidade, à imagem e à vida privada, assim como o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se, porém, que o acesso livre à informação coloca qualquer cidadão em igualdade com a administração pública, democratiza e dá transparência e retira do mando (e desmando) e do domínio de alguns o poder que da informação é proveniente, gerando *status* de igualdade e retirando valor àquele que consegue acessar e processar informações exclusivas.

Gonçalves e Varella⁸² afirmam que:

[...] de um lado, o direito constitucional à privacidade, que abrange a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem; de outro, o direito fundamental de acesso à informação, pautado pela transparência ativa da Administração Pública, ou seja, a busca pela proatividade na divulgação das informações. Ambos são princípios constitucionais e, como tais, não há hierarquia entre eles. Trata-se de uma antinomia aparente, devendo haver, tão somente na análise do caso concreto, o processo de harmonização e ponderação entre eles.

Costa e Dalledone⁸³, ainda, ressaltam que a situação foi agravada pelo alargamento do uso da internet, destacando que:

O direito “à vida privada”, insculpido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, por representar um anteparo entre a esfera individual e o escrutínio

80 GONÇALVES, T. C. N. M.; VARELLA, M. D. *Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis*. Revista Direito FGV. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 513-536, maio/ago. 2018, p. 514.

81 BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 8.

82 GONÇALVES, T. C. N. M.; VARELLA, M. D. *Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis*. Revista Direito FGV. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 513-536, maio/ago. 2018, p. 519.

83 COSTA, I.; DALLEDONE, R. *Direito à privacidade X Direito à informação: novos aportes para o debate brasileiro*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 18, n. 2, 2020.

público, sempre esteve sujeito a constantes colisões com o direito à informação, não havendo uma solução a priori para os conflitos daí decorrentes⁸⁴.

Ainda sobre o cenário vivenciado atualmente, no qual se observa um amplo uso de tecnologias e a exposição de dados pessoais, o que leva a uma vulnerabilidade do direito à privacidade, Russo⁸⁵ afirma que:

A nova era digital apresentou ao mundo um bem quase tão valioso quanto o dinheiro: a informação. O volume de tráfego de dados digitais decorrente da utilização das novas tecnologias parece ser infinito, assim como sem fim parece ser o interesse pelo conteúdo por ele produzido. Nesse cenário [...] cabe refletir sobre a proteção dos dados pessoais e o direito à privacidade no contexto do desenvolvimento econômico e na utilização de tecnologias nas atividades empresariais.

No mesmo sentido, Laureano e Benfatti⁸⁶ afirmam que o uso expansivo das tecnologias relacionadas à informação demanda gerenciamento e armazenamento avançado de dados, pois as informações pessoais estão disponibilizadas na internet, para as mais variadas finalidades, expondo as pessoas e tornando os dados pessoais uma mercadoria. Os autores, a par de reconhecerem que os avanços tecnológicos são benéficos, esclarecem que um dos efeitos negativos é “[...] o atentado aos direitos fundamentais de honra, de privacidade e de proteção de dados”⁸⁷.

Monteiro⁸⁸ aprofunda, de igual forma, que, na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, deve-se proceder resolução atribuída aos juízes ou tribunais e demais aplicadores do Direito, podendo haver dois tipos de tensão entre as normas: o conflito de regras e a colisão de princípios. Deve-se atentar para o fato de que: princípios são proposições normativas básicas com grau de abstração relativamente elevado (traduzem valores mais relevantes da ordenação jurídica e são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas (condições de fato para a sua eficácia) e jurídicas (relações com outras regras igualmente válidas) existentes); regras são normas com grau de abstração relativamente reduzido, que já contêm, em si, determinações no âmbito do fático e juridicamente possível – por isso, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser observada na sua exata medida, nem mais, nem menos.

Marmelstein⁸⁹ afirma que “A positivação constitucional dos valores ligados à dignidade da pessoa humana e da limitação do poder fez com que a jurisdição constitucional se tornasse um importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais”. Para Godoy⁹⁰, ambos

84 COSTA, I.; DALLEONE, R. Direito à privacidade X Direito à informação: novos aportes para o debate brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 18, n. 2, 2020, p.133.

85 RUSSO, R. A. A tutela da privacidade de dados na era do Big Data. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019, p. 10.

86 LAUREANO, J. C.; BENFATTI, F. F. N. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2021.

87 LAUREANO, J. C.; BENFATTI, F. F. N. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2021, p. 90.

88 MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007.

89 MARMELSTEIN, George. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. Currículo Permanente – *Caderno de Direito Constitucional – TRF 4ª Região*, Porto Alegre, mod. 5, p. 59, 2008, p. 23.

90 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

os direitos (de informação e de privacidade) expressam-se sob a forma de regras, mas não perdem sua essência de princípio (são os chamados princípios-garantia), com fonte no princípio fundamental da dignidade humana, que é o máximo valor do ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com Monteiro⁹¹:

Conforme a natureza das normas colidentes – se regras ou princípios –, as formas de superação de impasses são distintas. O conflito entre regras resolve-se no âmbito da validade. Se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas conseqüências jurídicas, vez que contidas dentro do sistema normativo.

Um dos problemas, como percebido, diz respeito à hermenêutica, pois os termos jurídicos utilizados não se encontram padronizados causando imprecisão na interpretação das normas legais, o que suscita dificuldade em entender o que são dados pessoais, o que é informação protegida, um dado sigiloso, um dado protegido, um dado restrito e, desta forma, o que exatamente estaria abrangido no direito à privacidade. Bem como, é notável a dificuldade na doutrina e nos tribunais em diferenciar os termos privacidade, intimidade, vida privada.

A LAI estabelece, em seu art. 4º, que:

- I- informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;
- [...]
- III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;
- IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

A Lei de Proteção de Dados (LGPD), Lei Federal n. 13.709/2018, sancionada em 14 agosto de 2018 e em vigência desde 18 de setembro de 2020, alterou a governança de banco de dados (físicos e virtuais) profundamente. A LGPD marcou uma vitória da sociedade civil, pois criou um sistema normativo de proteção dos dados pessoais, especialmente em meios digitais, além de estabelecer uma série de deveres e exigências para as pessoas jurídicas do setor público e privado que coletam, registram, armazenam e disponibilizam informações privadas. Nessa seara, a Lei n. 13.709/2018 fornece um elemento relevante para a resolução de controvérsias que envolvam o direito à privacidade.

Assim, nesse contexto, a Lei Federal nº 13.709/2018, busca trazer proteção de diversos valores constitucionais, tais como “[...] o respeito à privacidade; à autodeterminação informativa; à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; ao desenvolvimento econômico e tecnológico; e à inovação”⁹².

De fato: ambas as leis – Lei de Acesso à Informação (LAI – lei n. 12.527/2011) e Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei n. 13.709/2018) – que regulamentam, respectivamente o direito à informação e o direito à proteção de dados pessoais, são fruto de intenso trabalho e debate social e servem para garantir efetivamente os direitos

91 MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 29.

92 LAUREANO, J. C.; BENFATTI, F. F. N. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2021, p. 90.

fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Não se pode (e não se deve), segundo Miriam Wimmer – diretora da ANPD – utilizar a LGPD como obstáculo ao exercício de competências investigativas e fiscalizadoras, bem como para o exercício de direitos decorrentes do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser avaliado o pedido de acesso à informação em cada caso individual⁹³.

A LGPD é a temática específica, estudada na próxima seção, o que dá continuidade à discussão aqui apresentada.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo tratou do direito à privacidade e sua evolução em face das mudanças tecnológicas, buscando analisar a tensão existente entre ele e o direito à informação e o acesso a dados pessoais. A crescente importância da informação na sociedade atual é algo reconhecido como típico da era em que vivemos. Nesse contexto, surge a urgente necessidade de proteger a privacidade, respaldada pela defesa dos direitos humanos e das garantias fundamentais. O conceito de direito à privacidade é aqui entendido como um gênero que engloba o direito à intimidade, abarcando a proteção de dados pessoais e proibindo seu tratamento sem consentimento.

A discussão sobre a proteção de dados pessoais ganha destaque, considerando a aceleração tecnológica que expõe informações e aumenta a vulnerabilidade dos indivíduos. Verificou-se que a Constituição Federal de 1988, embora não mencione “privacidade”, garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, o que se conecta ao tratamento de dados pessoais e ao direito à privacidade.

A Emenda Constitucional nº 115/22 introduziu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, reconhecendo a importância da privacidade no contexto da sociedade informacional. O presente texto ressaltou a dimensão procedimental e substancial da privacidade, abordando a coleta e o tratamento de dados, bem como o uso das informações pessoais. O equilíbrio entre a necessidade de fornecer dados para várias atividades e a proteção contra o uso inadequado ou abusivo das informações é abordado, destacando-se a importância do consentimento e da regulamentação adequada.

Enfatizou-se a diferença entre dado e informação, em que o dado é um elemento bruto que, após análise e interpretação, se transforma em informação. Verificou-se que, no contexto da sociedade altamente informatizada e virtualizada, a coleta e uso de dados pessoais são onipresentes, com evidentes preocupações sobre a privacidade e sobre o controle das informações pessoais.

A discussão se concentra na importância da informação como um recurso valioso na era digital, descrevendo como dados se tornaram a matéria-prima dos negócios e um fator essencial para o desenvolvimento econômico. A Lei de Acesso à Informação (LAI) é um marco regulatório que assegura o acesso a informações sobre atos realizados pela Administração Pública, baseado no princípio da publicidade dos atos administrativos, que deve ser interpretada de forma conjunta com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), instrumento garantidor da proteção aos dados pessoais. Afinal, o direito à informação não é absoluto e pode colidir com o direito à privacidade, exigindo a ponderação de valores em conflito.

93 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Acesso à informação não pode ser prejudicado por conta de Lei de Proteção de Dados, dizem especialistas*. Agência Câmara de Notícias, publicado em 18/11/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/828370-acesso-a-informacao-nao-pode-ser-prejudicado-por-conta-de-lei-de- -protecao-de-dados-dizem-especialistas/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Há, portanto, evidente tensão entre o direito à privacidade e o direito à informação na era digital. Trata-se de colisão entre direitos fundamentais, um claro desafio que surge com o avanço da tecnologia e o aumento da exposição de dados pessoais na internet.

Em suma, verificou-se a complexa relação entre o direito à privacidade e o direito à informação na sociedade digital, enfatizando a importância de encontrar um equilíbrio entre esses princípios para garantir a proteção dos direitos individuais e a transparência pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. do C. D. de; SOARES, T. A. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD no cenário digital *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 27, n. 3, p. 26-45, jul./set 2022.

AMARAL, F. *Introdução à ciência de dados*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BASTOS, F. A. de; BASSI, M. C. P. C.; CASSI, G. H. G. Legítimo interesse como excludente de responsabilidade civil à luz da lei geral de proteção de dados. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 7, p. 71582-71607, 2021.

BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOTELHO, M. C. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Argumenta Journal Law*, n. 32 p. 191-207, jan./jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. *Código civil de 2002*. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. *Lei de acesso à informação*. Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. *Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD)*. Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Acesso à informação não pode ser prejudicado por conta de Lei de Proteção de Dados*, dizem especialistas. Agência Câmara de Notícias, publicado em 18/11/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/828370-acesso-a-informacao-nao-pode-ser-prejudicado-por-conta-de-lei-de--protecao-de-dados-dizem-especialistas/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 531. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 12 dez. 2022.

COSTA, I.; DALLEONE, R. Direito à privacidade X Direito à informação: novos aportes para o debate brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 18, n. 2, 2020, p.131-145.

DA SILVA, S. de A. A. et al. Herança da informação digital e direito ao esquecimento em redes sociais on-line: uma revisão sistemática de literatura. *Em Questão*, Porto Alegre, v. 26, n.1, p.375-401, jan./abr. 2020.

DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba/SC, vol. 1, n. 2, p. 91-108, jul./dez.2011.

ESQUÁRCIO, A. T.; ESQUARCIO, D. T. *Reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na atual sociedade informatizada e virtualizada*. In: Estado, Governança, Democracia e Virtualidades [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ/UFMG: UFMG – Belo Horizonte, 2020, p.14-20.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GÓIS, J. A. de O. *A intimidade e a vida privada em face de biografias não autorizadas*. Avanços da esfera pública sobre a esfera privada. Dialética, 2020. E-book.

GONÇALVES, T. C. N. M.; VARELLA, M. D. Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis. *Revista Direito FGV*. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 513-536, maio/ago. 2018.

GRESSLER, I.C.; BACHINSKI, F. L.; SILVA, R. L. *A divulgação indevida de informações pessoais em site de universidade gaúcha: resposta jurisdicional entre a óptica constitucional e os princípios da lei n. 13.709/2018*. X Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede. UFSM, 2019.

HOFFMANN, W. A. M. *Gestão do conhecimento: desafios de aprender*. São Carlos: Compacta, 2009.

KEINERT, T. M. M.; CORTIZO, C. T. Dimensões da privacidade das informações em saúde. *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n. 7, p. e00039417, 2018.

KITCHIN, R. *The data Revolution: big data, open data, data infrastructure & their consequences*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2014.

LAUREANO, J. C.; BENFATTI, F. F. N. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 2, p. 88-106, jul./dez. 2021.

LEONARDI, M. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARMELSTEIN, George. *Controle Judicial dos Direitos Fundamentais*. Currículo Permanente – Caderno de Direito Constitucional – TRF 4ª Região, Porto Alegre, mod. 5, p. 59, 2008.

MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, J.. *Manual de direito constitucional: Tomo IV*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, C. V. A. Direito à privacidade versus direito à informação. Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 27-40.

NASCIMENTO, H. J. C. A. do. *Políticas públicas para preservação digital: um panorama das inter-relações conceituais da legislação brasileira*. 2021. 150 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2021.

PINHEIRO, P. P. *Proteção de Dados Pessoais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RUSSO, R. A. *A tutela da privacidade de dados na era do Big Data*. 2019. 136 f. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHREIBER, A. *Direito da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

SOLER, F. G. *Proteção de Dados: Reflexões Práticas e Rápidas Sobre a LGPD*. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, S. de S. *Direito Civil. Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WACHOWICZ, M. (org). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*. Curitiba, PR: Gedai, 2020.

Recebido em: 12.10.2023

Aprovado em: 06.06.2024

Como citar este artigo (ABNT):

COSTA, Ricardo Alexandre; CUNHA, Carlos Renato. Da privacidade e do direito à informação à proteção de dados pessoais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.48-69, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/07/DIR51-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

O TRATAMENTO DE CONFLITOS DISCIPLINARES NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: APONTAMENTOS SOBRE O TERMO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTA FUNCIONAL

EL TRATAMIENTO DE CONFLICTOS DISCIPLINARIOS EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL TRABAJO: NOTAS SOBRE EL TÉRMINO DE ADECUACIÓN DE CONDUCTA FUNCIONAL

Márcio Dutra da Costa¹
Fabiana Marion Spengler²

RESUMO: O presente artigo possui como objeto de estudo o termo de adequação de conduta funcional (TAF) na esfera do Direito Administrativo Disciplinar, em particular do que foi instituído pela Resolução nº 169/2019 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT) com o escopo de possibilitar a assunção de obrigações pelo membro que praticou uma infração de menor potencial ofensivo, passível de ser punida com advertência ou censura. O objetivo do artigo é descrever o TAF disciplinado pela Resolução CSMPT nº 169/2019, investigando sua pertinência para o tratamento de conflitos e, em caso positivo, qual a sua classificação entre os respectivos métodos. O problema de pesquisa corresponde à seguinte indagação: o TAF previsto na Resolução CSMPT nº 169/2019 pode ser considerado um instrumento de tratamento adequado de conflitos na esfera administrativa disciplinar? O método de abordagem adotado é o dedutivo. A conclusão é de que o TAF constitui um método de tratamento adequado de conflitos na órbita disciplinar, podendo ser classificado como um meio autocompositivo e não adversarial, possuindo potencial para ser um relevante instrumento de concretização do paradigma da Administração Pública consensual.

Palavras-chave: administração pública consensual; métodos complementares de tratamento de conflitos; ministério público do trabalho; resolução CSMPT nº 169/2019; termo de adequação de conduta funcional.

RESUMEN: Este artículo tiene como objeto de estudio el término de adecuación de conducta funcional (TAF) en el ámbito del Derecho Administrativo Disciplinario, en particular el establecido por la Resolución nº 169/2019 del Consejo Superior del Ministerio Público del Trabajo (CSMPT) para posibilitar la asunción de obligaciones por parte del fiscal que cometió una infracción de menor potencial ofensivo, susceptible de ser sancionada con advertencia o censura. El objetivo del artículo es describir el TAF regulado por la Resolución CSMPT nº 169/2019, investigando su relevancia para el tratamiento de conflictos y, de ser así, cuál es su clasificación entre los respectivos métodos. El problema de investigación corresponde a la siguiente indagação: ¿puede el TAF previsto en la Resolución CSMPT nº 169/2019 ser considerado un instrumento para la adecuada resolución de los conflictos en el ámbito administrativo disciplinario? El método de abordaje adoptado es el dedutivo. La hipótesis responde afirmativamente al problema de investigación. La conclusión es que el TAF constituye un método de tratamiento adecuado de los conflictos en el ámbito disciplinario, pudiendo ser catalogado como un medio autocompositivo y no conflictivo, teniendo el potencial de ser un instrumento relevante para implementar el paradigma de la Administración Pública consensuada.

Palabras clave: administración pública consensuada; métodos complementarios de resolución de conflictos; ministerio público del trabajo; resolución CSMPT nº 169/2019; término de adecuación de conducta funcional.

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-MS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Procurador do Trabalho.

2 Pós-doutora em Direito pela *Università degli Studi di Roma Tre*, Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos-RS, com bolsa CAPES. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Coordenadora e mediadora do projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos”, financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Coordenadora do projeto de pesquisa “O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais”, coordenado pela autora e financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (Pq2) do CNPq.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1990, o legislador introduziu no ordenamento jurídico nacional o termo de ajuste de conduta (TAC), um instrumento extrajudicial de tratamento de conflitos relativos a direitos transindividuais, o qual é utilizado pelo Ministério Público e por outros órgãos públicos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública. Ao assinar o TAC, o violador da legislação se compromete a ajustar seu comportamento mediante a assunção de obrigações de fazer e/ou de não fazer, sob pena de cominações fixadas no documento, o qual constitui um título executivo extrajudicial.

Devido ao elevado grau de aceitação do TAC como forma de prevenção do ajuizamento de ações, o instrumento passou a ser adotado na órbita do Direito Administrativo em 2007, para casos envolvendo infrações disciplinares – cometidas por servidores públicos – de menor potencial ofensivo, puníveis com advertência. Em 8 de agosto de 2019, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT) editou a Resolução nº 169¹, que disciplina a celebração do Termo de Adequação de Conduta Funcional (TAF) no âmbito do Ministério Público do Trabalho (MPT), um dos quatro ramos que constituem o Ministério Público da União.

A partir desse contexto, a indagação que se pretende responder no presente artigo é: o TAF previsto na Resolução CSMPT nº 169/2019 pode ser considerado um instrumento de tratamento adequado de conflitos na esfera administrativa disciplinar? A hipótese principal responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo.

O objetivo desta pesquisa é descrever o TAF disciplinado pela Resolução CSMPT nº 169/2019, investigando sua pertinência para o tratamento de conflitos e, caso a resposta seja positiva, qual a sua classificação entre os métodos utilizados para tal.

O método de abordagem é o dedutivo, o qual parte do geral em direção ao particular, utilizando princípios, leis e teorias indiscutíveis para predizer, com base na lógica, a ocorrência de casos particulares.

A justificativa do trabalho reside no fato de que, apesar de os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos serem instrumentos de pacificação social, o TAF é um tema muito pouco abordado pela doutrina, que carece de maiores estudos a respeito do assunto.

No desenvolvimento do artigo, abordar-se-ão, na primeira seção, os principais caracteres relativos ao TAC de um modo geral, tais como nomenclatura, histórico, conceito, natureza jurídica, objeto, finalidade, vedações e eficácia. Na segunda, estudar-se-ão os principais aspectos atinentes à utilização do TAC na órbita do Direito Administrativo Disciplinar, como os fundamentos teóricos que embasam o instituto, o histórico de sua adoção em alguns órgãos públicos e a análise dos principais pontos da Resolução CSMPT nº 169/2019. E, na terceira, analisar-se-á o enquadramento do TAF previsto na Resolução CSMPT nº 169/2019 entre os métodos de tratamento adequado de conflitos, procedendo-se à sua classificação.

2 ASPECTOS PRINCIPAIS DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC)

Na presente seção, abordar-se-ão os principais aspectos do TAC, a saber: nomenclatura, histórico, conceito, natureza jurídica, objeto, finalidade, vedações e efeitos.

Inicialmente, cumpre registrar que não há uniformidade a respeito da nomenclatura

1 Tendo posteriormente sofrido uma pontual alteração em 25 de março de 2021, data em que foi editada a Resolução CSMPT nº 182, a qual revogou o § 2º do art. 9º daquele diploma normativo, que tratava sobre a incidência de multas e outras medidas substitutivas à sanção disciplinar.

desse instrumento. Carvalho Filho², Fonseca³, Mazzilli⁴ e Souza⁵ adotam a expressão “compromisso de ajustamento de conduta”, na mesma linha do primeiro dispositivo legal a tratar do tema, o art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁶. Enquanto Leite⁷ prefere utilizar uma denominação mais ampla (“termo de compromisso de ajustamento de conduta”), Rodrigues⁸ emprega “termo de ajustamento de conduta”. Por outro lado, Diniz⁹ e Silva¹⁰ adotam a expressão “termo de ajuste de conduta”, a qual também será utilizada no presente estudo, por já estar consagrada na doutrina e jurisprudência.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, não existe “[...] nenhum preceito normativo que se identifique plenamente com o ajustamento de conduta brasileiro, especialmente quanto à sua extensão e eficácia”¹¹. Por essa razão, o estudo desse instrumento se restringe ao direito pátrio.

Após o pioneirismo representado pelo supracitado art. 211 do ECA, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), publicado em 1990, incluiu na Lei da Ação Civil Pública (LACP) o §6º do art. 5º¹², com redação semelhante à daquele, mas acrescida da exigência da fixação de cominações para o caso de descumprimento das obrigações.

O conceito de TAC – a exemplo de sua nomenclatura – não é uníssono entre os doutrinadores, conforme será exposto a seguir.

O TAC é “[...] o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.”¹³

O TAC constitui uma “solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais realizada pelo próprio Ministério Público (e não por outras partes e por ele referendada), e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis.”¹⁴. Um conceito mais abrangente pode ser encontrado a seguir:

Tal como está previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, o compromisso de ajustamento é um termo de obrigação de fazer ou não fazer, tomado por um

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei n. 7.347, de 24.7.85). 8.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221.

3 FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013, *passim*.

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 455.

5 SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

6 “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.” (BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm#art266. Acesso em: 13 jul. 2024).

7 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245.

8 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 85.

9 DINIZ, José Janguê Bezerra. *Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro*. São Paulo: LTr, 2004, p. 233.

10 SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTr, 2004, *passim*.

11 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

12 “Art. 5º. [...]”

§ 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” (BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 13 jul. 2024).

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei n. 7.347, de 24.7.85). 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 222, grifo do autor.

14 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 87.

dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, mediante o qual o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.¹⁵

No que concerne à natureza jurídica do instrumento, o debate doutrinário é mais profundo. Para alguns autores (como Pizzol, Fink, Vieira, Nery Júnior, Di Tomasso e Bugalho), o TAC é uma espécie de transação, com algumas distinções em relação ao instituto previsto no Direito Civil (tais como: não admite renúncia; exige a reparação integral do dano; restringe-se à composição de direitos disponíveis). Contudo, há autores (como Mazzilli e Zavascki) que discordam dessa natureza transacional, porquanto o Ministério Público não pode dispor do direito material (pois não é seu titular), e os interesses metaindividuais costumam ser indisponíveis, não admitindo a realização de concessões¹⁶.

Fonseca¹⁷ consigna que outros doutrinadores (como Akaoui, Gugel e Souza) entendem que o TAC constitui uma forma de acordo em sentido restrito, e não propriamente uma transação; ele pode estipular o modo de exercício de um direito, mas não admite qualquer tipo de concessão.

Carvalho Filho¹⁸ sustenta que o TAC possui natureza de ato jurídico unilateral (quanto à manifestação de vontade) e bilateral (em relação à formalização). Por sua vez, Mazzilli¹⁹ entende que o instrumento constitui uma garantia mínima em favor do grupo lesado, e não uma limitação máxima de responsabilidade.

Rodrigues²⁰ leciona que o TAC é, essencialmente, um negócio jurídico, por duas razões: exige que haja manifestações de vontade recíprocas para a sua assinatura; e seus firmatários têm uma certa liberdade para expor sua declaração de vontade e pactuar o modo de adequar sua conduta à lei. Assim, o TAC é um negócio jurídico bilateral, dotado de carga declaratória e força executiva. É um negócio jurídico da Administração (em que o Estado se encontra em uma posição similar à do particular), e não um negócio jurídico administrativo (no qual o Poder Público está em uma posição superior à do administrado). E, sendo um meio alternativo de solução de conflitos, possui a natureza de equivalente jurisdicional.

O TAC, de forma abstrata, pode estipular o cumprimento de qualquer dever jurídico; todavia, uma vez que se encontre devidamente individualizado, tal dever se transforma em uma obrigação. A obrigação não se confunde com o dever, o qual é dotado de caráter genérico e abrangente²¹.

Considerando que o TAC constitui uma garantia mínima em favor dos indivíduos ou grupos que foram lesados, seu objeto não se restringe ao âmbito das obrigações de fazer

15 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

16 FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013, p.72-73.

17 FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013, p. 74.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347, de 24.7.85)*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 222.

19 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 469.

20 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 131 e 138.

21 FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013, p. 75.

e de não fazer, podendo prever medidas compensatórias de natureza diversa, dado o seu caráter consensual²².

O escopo principal do TAC é o de “[...] buscar o cumprimento da Lei, de forma espontânea, simples, barata e rápida, sem custo para o Estado, além de contribuir para o desafogo do moroso Judiciário”²³.

Há algumas proibições à celebração de um TAC, a saber: a responsabilidade do compromitente não pode sofrer qualquer limitação; os indivíduos lesados não podem ser impedidos de ter acesso à jurisdição; o órgão público tomador do compromisso não pode renunciar a direito material do qual não é titular; o objeto material do litígio não pode ser transacionado; e não se admite a renúncia ou a dispensa do exercício de direitos em prejuízo do patrimônio público²⁴.

A eficácia do TAC começa quando o compromisso é assumido, não se exigindo outra formalidade. Todavia, devido à sua natureza consensual, é possível pactuar o início, o termo, as condições e os prazos de adimplemento das obrigações. Sendo um título executivo extrajudicial, não existe a necessidade de homologação judicial; entretanto, se o compromisso for tomado e homologado em juízo, converter-se-á em um título executivo judicial²⁵.

Na próxima seção, abordar-se-á a aplicabilidade do TAC no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, estudando-se seu conceito, histórico e fundamentos teóricos, bem como os principais pontos da Resolução CSMPT n° 169/2019.

3 A APLICABILIDADE DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA AO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para o estudo do TAC no Direito Administrativo Disciplinar, é mister analisar o magistério de Alves²⁶ – o qual, inspirado na obra do jurista português Luís Vasconcelos Abreu (1993), deparou com a aplicação do princípio da oportunidade na Administração Pública (com base na *Handlungsermessen*²⁷) e, em 2006, apresentou o instituto à comunidade jurídica brasileira.

A Administração Pública não pode realizar o controle da disciplina dos funcionários²⁸ como um fim em si mesmo; o dever da autoridade está ligado à obtenção de uma finalidade útil, consistente em melhorar o comportamento do funcionário e o serviço público. Para isso, pode valer-se do princípio da oportunidade ou discricionariedade da ação²⁹.

O agir administrativo é discricionário “quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”³⁰.

A Lei n° 9.784/1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) prevê, em seu art. 2º, que um dos seus princípios regentes é o da

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 469.

23 MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 72.

24 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 314-315.

25 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 315-316.

26 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018.

27 “Discricionariedade da ação”, no direito alemão.

28 Considerando que a obra de referência abrange a assinatura de termo de ajuste de conduta por servidores e empregados públicos, o autor utiliza o termo “funcionários” em caráter genérico, para se referir a ambas as categorias.

29 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018, p. 9.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 255.

razoabilidade. Também conhecido como “adequação dos meios aos fins”, esse princípio autoriza a Administração Pública a “[...] eleger a solução de melhor senso para o problema jurídico concreto, dentro das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a questão, sem se afastar dos parâmetros legais [...]”³¹.

Descendente do princípio da legalidade, a razoabilidade denota que a Administração Pública, ao exercer um juízo discricionário, deve obediência a critérios racionalmente aceitáveis, em consonância com o senso normal de indivíduos equilibrados e respeitando as finalidades que conduzem à outorga da competência exercida³².

Ademais, o princípio administrativo da eficiência (insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB) não se coaduna com a ideia de que a Administração Pública deva consumir vultosos valores em complexos procedimentos (como sindicâncias e processos administrativos disciplinares) a cada vez que algo sair da rotina funcional³³. Afinal, a eficiência “também serve para atenuar o formalismo exacerbado, evitando excessos”³⁴.

Na mesma linha, há que se levar em consideração o princípio da economicidade (previsto no art. 70, *caput*, da CRFB), que “consiste em não comprometer recursos inúteis, desproporcionais ou supérfluos para alcançar os objetivos fixados”³⁵. A título de exemplo, é possível citar que, no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU), cada processo administrativo disciplinar (PAD) custou, em média, R\$ 67.127,20 ao erário federal, segundo estudo publicado em 2015³⁶.

Deve-se atentar, entretanto, para não se fazer confusão entre a forma e o conteúdo do instituto sob comento:

O ajustamento de conduta não é o núcleo, é a forma. O que sustenta a medida é um princípio de Direito Disciplinar identificado como “princípio da oportunidade”, fundado na discricionariedade da ação. O compromisso de ajustamento de conduta é tão somente a forma de materializar a solução encontrada no atendimento da finalidade do controle.

[...]

O rótulo poderia ser outro, como “compromisso de adequação funcional”.³⁷

Do ponto de vista histórico, embora a medida não dependa propriamente de lei em sentido estrito (sendo suficiente a existência de regulamentação interna), o primeiro diploma legal a prever a possibilidade de assinatura de TAC foi a Lei nº 1.818/2007 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Tocantins). No âmbito do Poder Judiciário, o pioneirismo coube ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que previu a utilização do instituto por meio do Provimento nº 005/2008/CM. A medida também foi implementada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (por meio da Resolução nº 50/2010), pelo

31 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018, p. 12.

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

33 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018, p. 12.

34 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1012.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 575.

36 NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. A eficiência econômica dos termos de ajustamento de conduta nos procedimentos disciplinares. Dissertação (Mestrado em Direito, Instituições e Desenvolvimento), Universidade Católica de Brasília: Brasília, 2015. Disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29330/7/Dissertacao_Eficiencia_Economica_TAC.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024, p. 48.

37 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018, p. 9, 13 e 16

Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (conforme o Provimento nº 21/2014) e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios³⁸.

Na esfera federal, a Secretaria de Controle Interno da Presidência da República editou, em 16 de maio de 2013, a Instrução Normativa (IN) nº 1, instituindo o TAC para servidores públicos. Antes disso, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) fora o primeiro órgão público a adotar o “acordo de conduta ético-profissional”, criado pela Instrução de Serviço Conjunta nº 01/2008³⁹.

Atento a essas circunstâncias, em 8 de agosto de 2019, o CSMPT editou a Resolução nº169, que dispõe sobre o Termo de Adequação de Conduta Funcional (TAF) no âmbito do MPT. Como principais fundamentos jurídicos para a expedição de tal ato normativo, foram invocados os arts. 104⁴⁰ e 106, incisos II e III⁴¹, da Lei Complementar (LC) nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), bem como o art. 3º, incisos VII, XIII, XV e XX⁴², da Resolução CSMPT nº 144/2017 (Regimento Interno da Corregedoria do MPT).

Outro relevante fundamento adotado para a edição da Resolução CSMPT nº 169/2019 foi a falta de efetividade da Administração Pública para punir infrações disciplinares de menor gravidade, devido ao longo tempo de tramitação dos PADs, não raras vezes ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva.

Para as infrações de baixo potencial ofensivo, o ajustamento de conduta se apresenta como um instrumento muito mais adequado à recomposição da normalidade administrativa. A consagrada frase de que “não se abatem pardais disparando canhões” é perfeita para sintetizar a utilização

38 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018, p. 18, 20 e 34. Além dessas iniciativas, o autor também elenca outras, a saber: no Estado de Mato Grosso, o TAC funcional foi adotado pelo Tribunal de Contas (por meio da Resolução Normativa nº 999/2010) e pelo Poder Executivo (segundo o Decreto nº 2.328/2014). Na Administração Pública indireta, o pioneirismo coube ao Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (por meio da Portaria nº 042/2009). A Justiça Eleitoral também aderiu à proposta, havendo regulamentação da matéria nos Tribunais Regionais Eleitorais de Goiás e do Rio de Janeiro.

39 ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018, p. 57-58.

40 “Art. 104. A Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, dirigida pelo Corregedor-Geral, é o órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público.” (BRASIL. *Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 13 jul. 2024).

41 “Art. 106. Incumbe ao Corregedor-Geral do Ministério Público:

[...]

II - realizar, de ofício ou por determinação do Procurador-Geral ou do Conselho Superior, correições e sindicâncias, apresentando os respectivos relatórios;

III - instaurar inquérito contra integrante da carreira e propor ao Conselho Superior a instauração do processo administrativo consequente;

[...]” (BRASIL. *Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 13 jul. 2024).

42 “Art. 3º. São atribuições do Corregedor-Geral:

[...]

VII – receber as representações relativas a membros do Ministério Público do Trabalho, realizar sindicâncias e instaurar, mediante portaria, inquérito administrativo contra integrante da carreira, na forma prevista no Título III deste Regimento.

[...]

XIII – manter e gerir por meio eletrônico o Cadastro Nacional de Membros do Ministério Público do Trabalho, em cooperação com o Conselho Nacional do Ministério Público, fiscalizando ou promovendo as alterações que se verificarem ou se fizerem necessárias nos assentamentos pessoais, funcionais e disciplinares dos membros da Instituição.

[...]

XV – determinar o cancelamento dos registros das penalidades de advertência e censura após o decurso de 3 (três) anos, e do registro de suspensão após 5 (cinco) anos de efetivo exercício, se o membro não houver, nesses períodos, praticado nova infração disciplinar.

[...]

XX – firmar termo de compromisso com os membros do Ministério Público do Trabalho nas hipóteses previstas na legislação pertinente;

[...]” (CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Resolução nº 169, de 8 de agosto de 2019*. Dispõe sobre o Termo de Adequação de Conduta Funcional no âmbito do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <https://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/csmpt/resolucoes/Resolu169.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024).

do custoso processo administrativo disciplinar para o enfrentamento das infrações de menor potencial ofensivo. O PAD atribui elevado custo à Administração retribuindo com baixa utilidade no caso de transgressões funcionais leves. Assim, a Administração deve utilizar o instrumento apropriado para cada situação concreta. O meio empregado deve ser proporcional ao resultado esperado.⁴³

Os principais caracteres da Resolução CSMPT nº 169/2019 serão abordados na sequência.

Consoante o art. 1º dessa resolução, o TAF é firmado por duas autoridades: de um lado, o Corregedor-Geral do MPT; do outro, o membro (Procurador do Trabalho, Procurador Regional do Trabalho ou Subprocurador-geral do Trabalho) que tenha sido acusado de cometer uma infração disciplinar de menor potencial ofensivo, ou seja, uma conduta punível com as penalidades de advertência ou censura, na forma do art. 240, I e II⁴⁴, da LC 75/1993.

O objeto do TAF consiste na assunção – por parte do membro – da responsabilidade pela irregularidade, bem como do compromisso escrito de adequar sua conduta funcional e respeitar os deveres e vedações previstos em lei (art. 2º).

A iniciativa de propor a assinatura do TAF incumbe ao Corregedor-Geral. Caso já tenha sido concluído o inquérito administrativo disciplinar (IAD) ou a sindicância, ou se o PAD já estiver tramitando no CSMPT, a proposta poderá ser feita pelo relator do processo, com posterior encaminhamento para homologação daquele conselho (art. 3º). Também é permitido ao membro efetuar o pedido de celebração do TAF ao Corregedor-Geral, durante a tramitação do IAD; todavia, se este já estiver finalizado ou se o PAD já tiver iniciado, a decisão incumbirá ao CSMPT (art. 5º).

As vedações à celebração do TAF estão elencadas no art. 4º, a saber: 1) faltas funcionais puníveis com as penalidades de suspensão, remoção compulsória e demissão; 2) circunstâncias agravantes e antecedentes funcionais do membro que não recomendem a realização do ajuste; 3) a natureza e a gravidade da infração – assim como os danos que dela provierem para o serviço público –, aptos a justificar a aplicação de uma penalidade mais severa; 4) cometimento de crime cuja pena máxima seja superior a dois anos; 5) prática de ato de improbidade administrativa; 6) membro que, nos últimos dois anos, já tenha assinado outro TAF, ou tenha em seus assentamentos funcionais registro válido e eficaz de penalidade disciplinar; 7) anterior assinatura de TAF contendo o mesmo objeto. Se tiver ocorrido prejuízo ao erário, o TAF só poderá ser celebrado após o membro ressarcir integralmente o dano que causou.

O cumprimento do TAF deverá ser efetuado em um prazo máximo de dois anos, durante o qual não corre a prescrição (arts. 6º, § 1º, e 8º, § 3º). Caso suas cláusulas sejam integralmente adimplidas, seu registro nos assentamentos funcionais do membro será cancelado, e não será instaurado PAD para o julgar. Em caso de inadimplemento, o Corregedor-Geral determinará a abertura ou a continuidade do PAD (art. 8º, *caput* e §§ 1º e 2º).

43 RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade disciplinar de membros do Ministério Público da União: sindicância, inquérito administrativo e processo administrativo disciplinar*. Brasília: ESMPU, 2021, p.147.

44 “Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas:

I - a de advertência, reservadamente e por escrito, em caso de negligência no exercício das funções;

II - a de censura, reservadamente e por escrito, em caso de reincidência em falta anteriormente punida com advertência ou de descumprimento de dever legal;

[...]” (BRASIL. *Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 13 jul. 2024).

O ajustamento consensual da conduta habilita-se a auxiliar na completude do sistema de responsabilidade administrativa, preenchendo a lacuna das infrações leves que não eram adequadamente enfrentadas, seja em razão do alto custo de sua apuração, seja em razão do elevado percentual de prescrição. Ademais, a utilização do TAC pode reduzir o volume de trabalho dos órgãos correccionais, permitindo maior dedicação na apuração dos casos mais graves, aumentando a eficácia, a efetividade e a conseqüente confiabilidade do sistema. Dessa forma, o instrumento em voga surge como ferramenta adicional à disposição do sistema disciplinar, propiciando maior eficácia, efetividade, integridade e completude.⁴⁵

Na próxima seção, analisar-se-á o enquadramento do TAF como meio de tratamento adequado de conflitos de natureza disciplinar no âmbito da Administração Pública (em particular, na esfera do MPT), procedendo-se à sua classificação entre os diversos meios complementares que existem.

4 O TERMO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTA FUNCIONAL COMO MEIO COMPLEMENTAR DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

Do ponto de vista terminológico, cabe o registro de que, apesar de a maior parte dos autores utilizar as expressões “solução de conflitos” e/ou “resolução de conflitos”, Spengler⁴⁶ expõe quatro motivos segundo os quais o substantivo “tratamento” é preferível aos vocábulos “solução” ou “resolução”: a) a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um dos mais relevantes diplomas legais que abordam a temática, instituiu a Política Judiciária Nacional de *tratamento* dos conflitos de interesses; b) o substantivo *tratamento* é mais apropriado se for entendido enquanto ato ou efeito de administrar ou lidar com o conflito, buscando obter uma resposta satisfatória; c) não existe qualquer relação entre o *tratamento* de conflitos e o *tratamento* da terapêutica médica ou psicológica; d) como leciona Bobbio, a *supressão* do conflito é relativamente rara, bem como sua plena *resolução*, ou seja, a eliminação das causas que o geraram. Por essas razões, optou-se por adotar, no presente estudo, a expressão “tratamento de conflitos”, o que também é feito por outros doutrinadores, tais como Arlé⁴⁷, Ernandorena e Soriano-Sierra⁴⁸, e Gonçalves e Goulart⁴⁹.

Nesse sentido, entende-se que o mais importante não é a resolução imediata do conflito, e sim, a forma como ele será administrado, levando em consideração não apenas o passado e o presente, mas também o futuro, a fim de evitar que o conflito se agrave.⁵⁰

Na sequência, abordar-se-ão os principais caracteres atinentes à denominada “Administração Pública consensual”, tema fundamental para a adequada compreensão do TAC funcional.

45 RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade disciplinar de membros do Ministério Público da União*: sindicância, inquérito administrativo e processo administrativo disciplinar. Brasília: ESMPU, 2021, p. 148.

46 SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação de conflitos*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2016, passim.

47 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 131

48 ERNANDORENA, Paulo Renato; SORIANO-SIERRA, Eduardo Juan. *A mediação na tutela coletiva apoiada pela gestão do conhecimento*: emancipação de stakeholders a partir do gerenciamento de conflitos socioambientais: contribuições para a democracia distribuída. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 67.

49 GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. *Mediação de conflitos*: teoria e prática. Florianópolis: EModara, 2018, passim.

50 SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. A mediação como instrumento de pacificação e tratamento adequado dos conflitos escolares. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 36, set./dez. 2018, p. 50.

As formas de composição consensual de conflitos na esfera administrativa são vias de fomento do civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações socioeconômicas. A demora na aceitação das vias negociais administrativas se deveu à visão imperativa (herdada da doutrina francesa), que as considerava vedadas para o Direito Administrativo. Todavia, jamais se cogitou a hipótese de negociar o *interesse público propriamente dito*, e sim os modos de atingi-lo com maior eficiência⁵¹.

“[...] ao adotar a solução consensual, a Administração não deixará de garantir que haja a apuração da infração cometida, mas o fará prestigiando a economicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a eficiência, tudo em favor da supremacia do interesse público.”⁵².

A importância dos métodos complementares de tratamento de conflitos na esfera disciplinar reside no fato de que aqueles se transformaram em instrumentos de participação dos particulares (diretamente envolvidos ou apenas interessados) no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando maior aceitação do que a imposição⁵³. Todavia, não será possível atingir o ideal do consensualismo enquanto a prática administrativa permanecer calcada no modelo impositivo:

Nessa perspectiva, incentivar essa nova forma de atuação administrativa, mais democrática e consensual, que incentive a opção por soluções transacionadas, exige verdadeira reformulação cultural do modelo burocrático, especialmente no que se refere à aplicação literal e irrestrita dos estatutos sancionatórios, bem assim na busca de métodos de incentivos para que os servidores se vejam autorizados e incentivados a optarem pela via transacional⁵⁴.

Assim, o TAF previsto na Resolução CSMPT nº 169/2019 constitui um nítido exemplo de manifestação da Administração Pública consensual, sendo um instrumento que visa a tratar um conflito de natureza disciplinar por meio da assunção de obrigações (o ajuste de seu proceder e a observância dos deveres e proibições legais) pelo membro do MPT que tenha cometido uma falta funcional.

Ante tal quadro, exsurge mais uma indagação: como classificar o TAF no universo dos meios complementares de tratamento adequado de conflitos?

Os métodos de tratamento de conflitos se dividem em dois grupos principais: os autocompositivos e os heterocompositivos. Na autocomposição, o tratamento do conflito decorre de uma decisão tomada pelos próprios atores envolvidos; como exemplos, há a autotutela ou autodefesa, a conciliação, a evitação, a facilitação, a mediação e a negociação. Na heterocomposição, o tratamento do conflito é fruto de uma decisão tomada por um terceiro; são exemplos a arbitragem e a jurisdição⁵⁵.

51 MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 16, n. 31, p. 69-85, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revistas/juridica?trabalho=1479>. Acesso em: 13 jul. 2024, p. 81.

52 MORAES, Rodrigo Iannaco de; SEPÚLVEDA, Lorena Carmo. A instituição do ajustamento disciplinar no âmbito do regime disciplinar do Ministério Público. *Revista Jurídica Correedoria Nacional: qualidade, resolutividade e transformação social: edição especial: recomendação de Aracaju*, Brasília, CNMP, vol. 7, 2019, p. 257.

53 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859/70467>. Acesso em: 13 jul. 2024, p. 305.

54 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Administracao-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024, p. 39.

Também é possível classificar os métodos de tratamento de conflitos de outra maneira, em adversariais e não adversariais. Nos métodos adversariais, os envolvidos se enfrentam, e a vitória de um equivale à derrota do outro; são exemplos a arbitragem, a autotutela e a jurisdição. Por seu turno, nos métodos não adversariais, os envolvidos não agem como antagonistas, mas desejam um resultado que possa gerar ganhos a todos; são exemplos a conciliação, a evitação, a facilitação, a mediação e a negociação⁵⁶.

Por meio da negociação, as partes envolvidas no conflito buscam resolvê-lo diretamente, havendo trocas de vantagens e redução de perdas: “o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e, em certa medida, equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes”⁵⁷.

Este é, justamente, o caso do TAF: por um lado, o membro do MPT compromissário deixa de responder a uma sindicância ou a um PAD, evitando a sobrecarga financeira e emocional que essa situação poderia lhe acarretar; por outro lado, a Administração Pública economiza consideráveis recursos financeiros necessários à investigação de uma infração de menor potencial ofensivo que poderá produzir, no máximo, uma pena de advertência ou censura – além de receber o compromisso expresso de que o membro ajustará sua conduta aos ditames legais.

Sendo uma forma de negociação entre o agente público (membro do MPT) e a Administração Pública (MPT), o TAF instituído pela Resolução CSMPT nº 169/2019 pode, assim, ser classificado como um meio autocompositivo e não adversarial de tratamento adequado de conflitos na esfera administrativa disciplinar.

5 CONCLUSÃO

O TAC surgiu no ordenamento jurídico nacional em 1990, como um instrumento extrajudicial de tratamento de conflitos relativos a direitos transindividuais manejado pelo Ministério Público e por outros órgãos públicos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública. Ao firmá-lo, o violador da legislação se compromete a ajustar sua conduta mediante a assunção de obrigações de fazer e/ou de não fazer, sob pena de cominações fixadas no termo, o qual constitui um título executivo extrajudicial.

No Direito Administrativo Disciplinar, a instituição do TAC tomou por fundamento a aplicação do princípio da oportunidade ou discricionariedade da ação na Administração Pública, de origem germânica.

A primeira lei a prever a possibilidade de assinatura de tal compromisso foi a Lei Estadual nº 1.818/2007, o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Tocantins. Doze anos depois, em 2019, o CSMPT publicou a Resolução nº 169, a fim de instituir a celebração do TAF na esfera disciplinar do MPT, mais especificamente nos casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo, puníveis com advertência ou censura.

Ao firmar o TAF, o membro do MPT assume expressamente a responsabilidade pela irregularidade cometida, bem como se compromete a ajustar sua conduta funcional e respeitar os deveres e proibições previstos na legislação.

55 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 134-144.

56 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 134-144.

57 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 47.

Tratando-se de uma espécie de negociação entre o membro do MPT e a Administração Pública, o TAF previsto na Resolução CSMPT nº 169/2019 pode ser classificado como um meio autocompositivo e não adversarial de tratamento de conflitos, constituindo um relevante instrumento de concretização do paradigma da Administração Pública consensual.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. *Ajustamento de conduta de servidores e empregados públicos*. Brasília: Rede, 2018.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Administracao-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm#art266. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. *Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24.7.85)*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Resolução nº 144, de 27 de abril de 2017*. Dispõe sobre o Regimento Interno da Corregedoria do Ministério Público do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <https://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/csmpt/resolucoes/resolu144.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Resolução nº 169, de 8 de agosto de 2019*. Dispõe sobre o Termo de Adequação de Conduta Funcional no âmbito do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <https://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/csmpt/resolucoes/Resolu169.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Resolução nº 182, de 25 de março de 2021*. Revoga o § 2º do artigo 9º da Resolução CSMPT nº 169/2019, que dispõe sobre o Termo de Adequação de Conduta Funcional no âmbito do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <https://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/csmpt/resolucoes/Resolu182.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro*. São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ERNANDORENA, Paulo Renato; SORIANO-SIERRA, Eduardo Juan. *A mediação na tutela coletiva apoiada pela gestão do conhecimento: emancipação de stakeholders a partir do gerenciamento de conflitos socioambientais: contribuições para a democracia distribuída*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. Florianópolis: EModara, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 16, n. 31, p. 69-85, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revistas/juridica?trabalho=1479>. Acesso em: 13 jul. 2024.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Rodrigo Iennaco de; SEPÚLVEDA, Lorena Carmo. A instituição do ajustamento disciplinar no âmbito do regime disciplinar do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: qualidade, resolutividade e transformação social: edição especial: recomendação de Aracaju, Brasília, CNMP, vol. 7, p. 255-265, 2019*.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. *A eficiência econômica dos termos de ajustamento de conduta nos procedimentos disciplinares*. Dissertação (Mestrado em Direito, Instituições e Desenvolvimento), Universidade Católica de Brasília: Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29330/7/Dissertacao_Eficiencia_Economica_TAC.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859/70467>. Acesso em: 13 jul. 2024.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilidade disciplinar de membros do Ministério Público da União: sindicância, inquérito administrativo e processo administrativo disciplinar*. Brasília: ESMPU, 2021.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTr, 2004.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação de conflitos*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. A mediação como instrumento de pacificação e tratamento adequado dos conflitos escolares. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 36, p. 48-58, set./dez. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-03.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

Recebido em: 27.08.2022

Aprovado em: 02.08.2024

Como citar este artigo (ABNT):

COSTA, Márcio Dutra da; SPENGLER, Fabiana Marion. O tratamento de conflitos disciplinares no âmbito do Ministério Público do Trabalho: apontamentos sobre o termo de adequação de conduta funcional. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.70-83, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/08/DIR51-04.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

COMBATE À CORRUPÇÃO COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HUMANISMO INTEGRAL DE JACQUES MARITAIN

FIGHTING CORRUPTION AS A MEASURE FOR EFFICIENCY OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS BASED ON THE INTEGRAL HUMANISM OF JACQUES MARITAIN

Ilton Garcia da Costa¹
Diogo Ramos Cerbelera Neto²
Marcos César Botelho³

RESUMO: Este artigo objetivou relacionar a corrupção pública e os direitos humanos à luz do Humanismo Integral de Jacques Maritain. Por meio do método dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica de artigos em revistas especializadas, doutrinas e textos legais, pretendeu-se verificar se o Humanismo Integral poderia contribuir para orientar as condutas da sociedade e da Administração Pública, especialmente dos agentes públicos, para promover o bem comum e efetivar direitos humanos. O Humanismo Integral, unindo o humanismo ao cristianismo, almeja resgatar valores éticos e construir uma cultura de direitos humanos, de modo que o homem seja compreendido como um humano integral, superando o modelo humanista antropocêntrico. Jacques Maritain, partindo da doutrina de Tomás de Aquino, refletiu o conceito de pessoa humana destacando valores de justiça e caridade como virtudes que podem compor uma unidade mínima universal. Assim, os princípios do Humanismo Integral podem ser aplicados no âmbito da Administração Pública promovendo, a sua medida, boa governança pública. Portanto, as reflexões sobre direitos humanos de Jacques Maritain são, até hoje, muito pertinentes, e se internalizadas na cultura da Administração Pública, podem conduzir a noção de ética e moral necessária para uma Administração Pública capaz de efetivar direitos humanos, principalmente das classes mais vulneráveis.

Palavras-chave: Boa Administração Pública; Corrupção Pública; Direitos Humanos; Humanismo Integral; Jacques Maritain.

ABSTRACT: This article aimed to relate public corruption and human rights in the light of Jacques Maritain's Integral Humanism. Through the deductive method and techniques of bibliographical research of articles in specialized magazines, doctrines and legal texts, it was intended to verify if Integral Humanism could contribute to guide the conduct of society and Public Administration, especially public agents, to promote the common good and realize human rights. Integral Humanism, uniting humanism to Christianity, aims to rescue ethical values and build a culture of human rights, so that man is understood as an integral human, overcoming the anthropocentric humanist model. Jacques Maritain, based on the doctrine of Thomas Aquinas, reflected the concept of the human person, highlighting values of justice and charity as virtues that can compose a minimum universal unit. Thus, the principles of Integral Humanism can be applied within the scope of Public Administration by promoting, in its measure, good public governance. Therefore, reflections on human rights by Jacques Maritain are, until today, very relevant, and if internalized in the culture of Public Administration, they can lead to the notion of ethics and morals necessary for a Public Administration capable of effecting human rights, mainly of the vulnerable classes.

Keywords: Good Public Administration; Human Rights; Integral Humanism; Jacques Maritain; Public Corruption.

1 Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor no Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Líder do Grupo de Pesquisa "Constituição, Estado, Relações de Trabalho e Organizações Sociais." Advogado.

2 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Administrativo e Direito Público. Advogado e Procurador Jurídico Legislativo.

3 Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor adjunto do Programa Strictu Sensu em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Analista de Sistemas.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vem enfrentando há anos o mal da corrupção e, muito embora a sensação que permeia o brasileiro é de que se trata de uma luta sem fim e, por muitos, considerada sem esperança, pensamentos de filósofos importantes podem ser resgatados para iluminar a conduta humana em busca de semear novos caminhos para o enfrentamento destas dificuldades.

Nesse sentido, vale lembrar que no ardor do período pós-segunda grande guerra, figuras como Jacques Maritain surgiram para dar novo alento às nações naquele momento de tamanho sofrimento e desilusão. O pensamento de Jacques Maritain, especialmente do *Humanismo Integral*, foi talvez um dos mais importantes para superar a crise daquele período, possibilitando que as nações pudessem se reunir para compor o que hoje conhecemos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, feito inestimável em termos de direitos humanos.

O *Humanismo Integral* de Maritain propôs analisar a condição humana e moral a partir das concepções de Tomás de Aquino com o objetivo de superar o antropocentrismo para um teocentrismo humanista e responder questões essenciais para o ser humano.

Não há dúvidas de que a corrupção é um mal que contamina não só o espírito e o coração dos homens, mas que também propaga sofrimento de modo incomensurável, visto seu caráter difuso em termos de vítimas indeterminadas, especialmente daquelas mais carentes e vulneráveis.

Assim sendo, debater a corrupção à luz de pensamentos que sejam fundamentados pela dignidade da pessoa humana trata-se de uma questão essencial ao homem e, mais uma vez, os ensinamentos de Jacques Maritain podem ser de grande valia para encarar uma nova crise: a da malversação da coisa pública.

No gerenciamento da *res publica*, o papel do Estado também deve ser considerado e analisado em seu aspecto amplo, isto porque para o fim de se enfrentar qualquer corrupção no setor público, faz-se pressuposto uma Administração Pública que seja composta por agentes íntegros, comprometidos com a função, com virtudes de justiça e caridade.

À vista disso, propõe-se com este artigo verificar se o *Humanismo Integral* de Jacques Maritain pode contribuir para nortear as condutas da sociedade civil e dos agentes públicos para promover uma Administração Pública eficiente, ética e não corrupta, para alcançar o bem comum e, conseqüentemente, concretizar direitos humanos.

Com a finalidade de responder o problema exposto, tem-se como objetivo deste artigo analisar o problema da corrupção a partir de reflexões sobre a dignidade da pessoa humana à luz do Humanismo Integral de Jacques Maritain, além de demonstrar a sua relação com os direitos humanos, o combate à corrupção e o reconhecimento de uma boa Administração Pública como direito fundamental.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e o procedimento metodológico foi o de coleta de dados por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e consulta de artigos em revistas especializadas, doutrina e textos legais.

2 BREVE ANÁLISE SOBRE O HUMANISMO INTEGRAL DE JACQUES MARITAIN

Jacques Maritain, em meio as crises que ficaram marcadas pela extrema violência durante o período de guerra do século XX, buscou repensar o antropocentrismo e a condição humana, propondo uma nova fase ao humanismo: a do *Humanismo Integral*.

A partir da doutrina de Tomás de Aquino, Maritain contribuiu para o humanismo moderno

em superação ao modelo renascentista, que era pautado essencialmente sob o domínio da razão, esquivando-se de outras dimensões da vida humana. Essa corrente filosófica pautada pela racionalidade fez com que o homem se entendesse como a medida de todas as coisas.

Paulo Moacir Godoy Pozzebon explica que Jacques Maritain tinha como objetivo dar uma resposta ao humanismo antropocêntrico, cujas ideologias, na visão do filósofo, não constituíam verdadeiros humanismos por não reconhecerem a dignidade humana como valor absoluto e não enxergar o a pessoa humana em sua totalidade. Assim:

(...) Maritain propõe a construção de um novo humanismo, de inspiração teocêntrica, cujo traço definidor é considerar o homem na integralidade de seu ser natural e sobrenatural, não fechado sobre si mesmo, mas aberto ao mundo do divino e do supraracional, especialmente aberto à descida do divino no homem. Daí denominar-se 'humanismo integral'.¹

Nesse sentido, os pensadores do humanismo antropocêntrico construíram uma imagem do homem autônomo e bom por essência, essa concepção formou as bases para os direitos humanos, pois reconhecia que ao homem certas condições e direitos deveriam ser respeitados em razão da crença em um direito natural, que não seria arbitrário, mas racional, que regularia a convivência das diversas nações. Essa linha filosófica ficou conhecida como jusnaturalismo.

Embora esta corrente filosófica tenha contribuído para a sustentação e fundamentos dos direitos humanos, Jacques Maritain a criticava, pois entendia que o jusnaturalismo acabava por conceder aos direitos humanos uma condição de direito *super-humano*, visto que lhes dava margem interpretativa muito abrangente, sem limites objetivos. Em outras palavras, na visão do filósofo cristão, o jusnaturalismo fez com que surgisse a sensação no consciente coletivo de que os direitos humanos, pela sua falta de objetividade, não passavam de uma ilusão e as pessoas poderiam desacreditar da sua efetividade.²

Por isso que o Humanismo proposto por Maritain teve como objetivo dar mais concretude aos direitos humanos, integralizando o homem aos diversos aspectos da vida. Entretanto, o conceito de vida para Maritain deveria ir além dos limites da racionalidade instrumental e cientificista do antropocentrismo, e daí qualificou que a vida como direito humano deveria ser aquela vivida de forma digna, somente assim o ser humano seria *integral*.

Nessa linha, Jacques Maritain afirmou que:

A pessoa humana total, na condição de cidadã, é uma parte desta sociedade, a qual, todavia ela transcende em razão dos valores absolutos a que se liga e em razão do que nela visa um destino superior ao tempo. [...] os direitos fundamentais, tais como: o direito à existência e à vida;- o direito à liberdade pessoal ou direito de conduzir sua vida como senhor de si mesmo e de seus atos, responsável por estes perante Deus e as leis da cidade; [...] todos esses direitos são radicados na vocação da pessoa, agente espiritual e livre, às ordens dos valores absolutos e com um destino superior ao tempo.³

1 POZZEBON, Paulo Moacir Godoy. *A Filosofia Personalista de Jacques Maritain como Fundamento para a Crítica das Políticas Públicas Educacionais*. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, 2021, p. 78.

2 MILANI, Daniela Jorge. Humanismo Integral: a importância dos valores na construção de uma sociedade solidária fundamentada na proteção aos direitos humanos. *RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 2027-2056, 2014, p. 2034.

3 MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Trad: Afranio Coutinho, Rio de Janeiro: Jose Olympio, [1942?], p. 98; 105-106.

Vale destacar também que, repensando a condição do homem, Jacques Maritain teve como parte de seus objetivos compreender o humanismo e o ser humano de modo mais abrangente, por esta razão o *Humanismo Integral* não exclui nenhuma outra concepção teórica humanista, muito pelo contrário, buscava se complementar por meio das outras correntes doutrinárias, tais como o Humanismo antigo de Aristóteles e o da Renascença de Erasmo de Roterdã⁴.

Ainda que Jacques Maritain teve como sua base teórica a *filosofia cristã*, buscou modelos de condutas sociais a partir de “um nôvo regime de civilização que se caracterizaria por um *humanismo integral*, e que representaria a seus olhos uma nova cristandade não mais sacral, porém profana”⁵.

Com isso Maritain quis dizer que se inspirou nos valores de justiça e caridade enunciados por Jesus Cristo e que estes valores devem ser compreendidos como virtudes que compõem uma unidade mínima no âmbito social. Assim, não se trata de impor uma uniformidade cristã, pois Maritain admitia a diversidade religiosa, mas o de integralizar às pessoas sentimentos cristãos que talvez estejam esquecidos ou desviados, como os valores de justiça e condutas desinteressadas.

Em outras palavras, Thiago de Moliner Eufrásio explica que:

Visto de forma geral, a proposta humanística de Maritain agrega valores passados a ideias novas que correspondam a formas de suprir as necessidades humanas. Este é um primeiro passo apontado por ele para que se possa inserir, na sociedade, o humanismo integral e assim recuperar a unidade espiritual e temporal.⁶

Nesse sentido, Maritain buscou conciliar o pensamento filosófico cristão ao humanista para guiar uma nova forma de agir na sociedade, um novo regime de civilização que busca o *bem-estar comum*, afinal, “o fim da sociedade é o seu *bem comum*, o bem comum do corpo social”⁷. Este novo paradigma de conduta na sociedade se revela, sem dúvidas, diante da sociedade pluralista e multicultural contemporânea, um desafio enorme e aparentemente utópico.

Entretanto, o *Humanismo Integral* é inclusivo e independe das diversas culturas, tradições, religiões e escolas de pensamentos que possam formar uma sociedade local, basta que os princípios do *Humanismo Integral* sejam respeitados para que seus objetivos possam ser alcançados. A diversidade não se torna alvo de discriminações e preconceitos pelo ponto de vista do *Humanismo Integral*.

Assim, partimos do pressuposto de que os “Direitos Humanos são premissas básicas invioláveis e embutidas em todos os seres humanos, que devem gozar de especial proteção em todos os ordenamentos jurídicos”⁸.

Maritain ao afirmar que o homem é pessoa, quer dizer que não se trata apenas de porção de matéria, mas um “indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela

4 SANTOS, Ivanaldo. Jacques Maritain, o Humanismo Integral e a Crise da Cidadania, São Paulo: Faculdade São Bento, Instituto Jacques Maritain Brasil, 2014, s.p. Disponível em: https://maritain.org.br/jacques-maritain-o-humanismo-integral-e-a-crise-da-cidadania/#_ftn1. Acesso em: 29 abr. 2023.

5 MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Trad: Alceu Amoroso Lima, v. 1, 5. ed., São Paulo: Nacional, 1965, p. 07.

6 EUFRÁSIO, Thiago de Moliner. Humanismo Integral segundo Jacques Maritain: a pessoa humana como ser de relação e promotora de dignidade. *International Studies on Law and Education*, São Paulo, v. 1, p. 85-92, 2018, p. 86.

7 MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Trad: Afranio Coutinho, Rio de Janeiro: Jose Olympio, [1942?], p. 17.

8 COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. Direitos Humanos na Interpretação de Normas Jurídicas: da Interpretação Humana ou Humanística. In: Ilton Garcia da Costa; Eneá de Stutz e Almeida; Livia Gaigher Bosio Campello. (Org.). *Direitos e Garantias Fundamentais I*. Florianópolis: Conpedi, v. 1, p. 39-54, 2017, p. 45.

vontade; não existe apenas de maneira física, há nele uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir espiritualmente em conhecimento e amor”.⁹

Como já dito, almejar uniformidade ou unanimidade em uma sociedade pluralista pode parecer utopia, todavia, o que se designa com o *Humanismo Integral* é definir um *conceito-guia universal* que propicie a participação do cidadão em torno de um mesmo valor. Por esta razão que o fundamento último do *Humanismo Maritano* é de que a dignidade da pessoa humana seja o estimado vetor absoluto que deva ser incorporado pelo consciente coletivo para doação de si para o outro, de modo que o ser humano seja antecedente ao sistema moral.

Não restam dúvidas de que Jacques Maritain deixou sua herança teórica através do *Humanismo Integral* e sua contribuição foi fundamental para a história dos direitos humanos. Sem a obra Maritainiana no século XX é muito provável que não existisse a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Porém, com o tempo novas crises surgem em afronta aos direitos humanos, muitas delas em nível mundial, como exemplos, é possível citar as crises no âmbito da cidadania, da ética, da representação política e da corrupção, as quais seus espectros circundam uma crise ainda maior: o da má gestão pública.

E mais uma vez podemos recorrer a Jacques Maritain para superarmos as novas crises, visto que a tese do *Humanismo Integral* pode complementar outros conceitos como o da *boa Administração Pública como direito fundamental*.

O diálogo entre o *Humanismo Integral* e outros referenciais teóricos, além de agregadores do ponto de vista científico, são necessários para condução da sociedade para um estágio melhor do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Não é à toa que o *Humanismo Integral* foi decisivo para a luta em prol da implementação e difusão dos direitos humanos, de modo que as concepções que possuímos hoje não seriam as mesmas sem a contribuição de Jacques Maritain.

Diante desse panorama que passaremos a dialogar, à luz do *Humanismo Integral*, acerca da cultura dos direitos humanos no setor público como pressuposto para uma boa Administração Pública que seja eficaz no combate à corrupção e efetivação de direitos fundamentais.

3 HUMANISMO INTEGRAL APLICADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MEDIDA DE COMBATE À CORRUPÇÃO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O *bem-estar coletivo* faz parte do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e também dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, da CF/88), mas para que este escopo se torne realidade, pressupõe-se que o agente público, independente da função que exerça, deva estar genuinamente disposto a servir e aberto às necessidades do outro, para além de seus próprios interesses.

Daí nos deparamos com um desafio maior: integrar à cultura a noção de dignidade da pessoa humana como valor fundamental e norteador dos homens, além do reconhecimento dos direitos humanos como dever e direito de todos. Quando os direitos humanos e a consciência da dignidade humana fizerem parte da cultura, em especial a brasileira, servirá como condutor da Administração Pública para atingir o interesse público e concretizar direitos fundamentais.

9 MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Trad: Afranio Coutinho, Rio de Janeiro: Jose Olympio, [1942?], p. 10-11.

Nesse sentido, o conceito de *boa Administração Pública* (ou *boa governança*) deve ser esclarecido para que seja possível compreendermos o diálogo pretendido nesta seção. Juarez Freitas assim define a *boa Administração Pública*:

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: “trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”¹⁰

Outras características de uma *boa Administração Pública* também podem ser mencionadas, sendo elas: a transparência; a sustentabilidade; a dialogicidade; a imparcialidade e postura desviesada; a probidade; o respeito à legalidade temperada; a prevenção, a precaução e a eficácia¹¹.

Reconhecer a *Boa Administração como direito fundamental* inclusive pode contribuir para orientar novas formas de sociabilidade nas relações modernas entre o Estado e a Sociedade, de modo a promover a emancipação dos seres humanos, melhoria das instituições e a qualificação da sociedade¹².

Diante deste quadro teórico apresentado é possível denotar a compatibilidade de algumas características de uma *boa Administração Pública* com alguns dos princípios do *Humanismo Integral*. Ora, tal como para o *Humanismo Integral*, para que a *boa Administração Pública* atinja seus objetivos, a ideia de *dignidade humana* deve ser a luz que ilumina suas condutas e o guia da moralidade de seus agentes.

Nesse contexto, aquele que se propõe a servir à sociedade por meio de atividades no setor público deve antes de qualquer exercício da função compreender a sua responsabilidade para o bem coletivo.

De acordo com o modelo ético cristão do *Humanismo Integral* de Jacques Maritain, o egoísmo humano deve ser renunciado e, seguindo o exemplo de Jesus Cristo, o homem deve buscar ser capaz de doar a si mesmo em prol do outro.

Fábio Konder Comparato lembra que as três maiores religiões monoteístas têm como seu fundamento teológico a figura de Deus como modelo para os homens, cuja dignidade pode ser revelada pelo amor do criador divino pela sua criatura humana, que a fez a sua imagem, semelhança e beneficiária dos favores divinos:

[...] nas três grandes religiões monoteístas, a pessoa do Deus Único é apresentada como modelo de vida para o ser humano, cuja dignidade situa-se em sua dupla condição de criatura moldada segundo a imagem e semelhança do Criador, e de criatura beneficiária do especial favor divino. Essa concepção foi decisiva para a elaboração histórica do conceito de pessoa humana e para o seu reconhecimento como padrão ético, mesmo fora da relação religiosa.¹³

10 FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

11 FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-22.

12 SOUZA, Renee do Ô; SANTIN, Valter Foletto; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Sinais de Direito Fundamental a uma boa administração no Brasil. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 17, n. 01, p. 11-36, nov. 2018, p.18. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2571>. Acesso em: 4 nov. 2022.

13 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, v. 1, 3. ed., 2ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 456.

Portanto, o amor ao próximo deve ser o fundamento universal da dignidade humana de modo que posturas ímprobas por parte dos agentes públicos não podem ser toleradas, porquanto, em razão da função que exercem, devem ser paradigmas para toda a sociedade. Melhor explicando, as condutas dos agentes públicos devem ser pautadas pelo amor ao outro, sem o qual a concretização dos direitos humanos e promoção do bem-estar de todos não serão alcançados.

Por esta razão que no setor público deve-se instaurar a cultura da integridade, da ética, que internalize, de fato, os princípios orientadores da *boa Administração Pública* no âmago dos agentes públicos. A intolerância com relação às condutas desviadas destes agentes se justifica em razão das consequências terríveis destas práticas.

A *corrupção pública* tem sua origem no próprio desejo egoísta e materialista do ser humano, e pode ser conceituada da seguinte forma:

atos desviantes dos agentes públicos (em sentido amplo) frente aos órgãos e instituições públicas, materializados na conduta abusiva no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, com objetivo de obter ganhos privados ou vantagens variadas, e conseqüentemente, lesando o patrimônio público material e moral.¹⁴

Em outras palavras, a corrupção no âmbito da Administração Pública diz respeito ao ato de conceder ou receber vantagens indevidas de agentes públicos ou do setor privado. A palavra tem origem no latim *corruptio* e significa “ato de quebrar em pedaços”. No Brasil, pode-se dizer que está consubstanciada no sistema político e econômico, mas também nas relações sociais.¹⁵

Os atos de corrupção pública têm como consequência diversos níveis de ilicitude e improbidade, na medida em que quando o agente público atua com vista a benefícios próprios, desrespeita, primeiro, os princípios normativos que regem a *boa administração* e os padrões normativos do sistema jurídico; e segundo, os princípios morais de amor ao próximo, a caridade e a dignidade humana, ou seja, a base principiológica do *Humanismo Integral*.

A corrupção atrasa o desenvolvimento econômico e social do país, pois restringi a soberania do povo gerando promiscuidade entre os poderes político e econômico, ressaltando privilégios e aplaudindo a desigualdade. Ataca diretamente a cidadania, enfraquecendo a democracia¹⁶.

Melhor explicando, há uma relação proporcional direta entre a corrupção e o exercício da cidadania, porque quanto maior a cidadania, menor é a corrupção e vice-versa. Por isso deve-se atentar à necessidade de empoderar o cidadão no aperfeiçoamento dos controles sociais.¹⁷

A dificuldade em se consolidar uma cidadania melhor no Brasil deve-se às desigualdades econômicas, à concentração de renda, à naturalização da violência, ao

14 SENNA, Gustavo. *Combate à Má Governança e à Corrupção: uma questão de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos*, v. 9. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 172.

15 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 1108.

16 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 1122.

17 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 1110.

patriarcalismo, autoritarismo e personalismo, que enfraquece o livre exercício do poder público pela confusão do que é público e privado.¹⁸

Nesse contexto, vale remeter à figura do *homem-burguês* de Jacques Maritain, cujas características se voltam ao individualismo e a prepotência. Tais condutas são nitidamente incompatíveis com o *Humanismo Integral* e o *agente público corrupto* pode, em certa medida, ser comparado ao *homem-burguês* que foi descrito por Maritain como o indivíduo que “negou em si este homem burguês todo o mal e o irracional, de modo a poder gozar do testemunho de sua consciência e a ficar satisfeito consigo mesmo, e a considerar-se justo, por engano.”¹⁹

Vale dizer, para alcançar o fim da sociedade, isto é, o bem comum, deve-se superar as concepções individualistas para impedir que a sociedade se dissolva em benefício individual, assim afirma Maritain:

Não asseveremos que o fim da sociedade é o bem individual ou a simples coleção dos bens individuais de cada uma das pessoas que a constituem. Tal fórmula dissolveria a sociedade em benefício de suas partes e levaria à “anarquia dos átomos”: ela volveria, ou a uma concepção francamente anarquista, ou à velha concepção anarquista-mascarada do materialismo burguês, segundo a qual toda a função da cidade é velar pelo respeito da liberdade de cada qual, o que redundaria em os fortes oprimirem livremente os fracos.²⁰

Como forma de enfrentar as raízes culturais que sustentam o *homem burguês*, deve-se investir na educação e na cultura voltadas à dignidade da pessoa humana como o principal vetor orientador das relações humanas. Assim, Maritain propõe um mínimo ético ao qual todas as culturas devam respeitar, e a *dignidade humana* seria este valor defendido para fundamentar sua proposta, pois, embora Maritain seja um filósofo católico, sua obra é profana revestida de valores cristãos.

Compreender que a corrupção afeta a todos indistintamente - e especialmente os mais vulneráveis socialmente e economicamente - sublinha o porquê da relevância de integração do valor universal da dignidade humana. Ora, políticas públicas não poderão ser implementadas enquanto o erário público for dilapidado para realização de interesses privados, de modo a tratar a coisa pública como se fosse privada em casos escancarados de *patrimonialismo*.

Eduardo Cambi assevera que “a corrupção no Brasil é sistêmica porque está enraizada na formação oligárquica do Estado patrimonialista”. É preciso romper o conformismo histórico e investir na construção de culturas republicanas.²¹

Ademais, combater à corrupção, construir uma sociedade livre, justa e igualitária, diminuir as desigualdades sociais, não são objetivos apenas do *Humanismo Integral*, mas também do princípio implícito constitucional da *boa Administração Pública*, assinalando a relação direta entre os dois *conceitos-guias*. Aliás, estes são também compromissos constitucional assumidos pela República Federativa do Brasil no art. 3º da Carta Magna.

Entendido o conceito de corrupção pública e sua relação com a *boa administração pública*, reflexões acerca da imediata relação desses conceitos com a efetivação dos direitos humanos também devem ser notadas.

18 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023, p. 1123.

19 MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Trad: Alceu Amoroso Lima, v. 1, 5. ed., São Paulo: Nacional, 1965, p. 63.

20 MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Trad: Afranio Coutinho, Rio de Janeiro: Jose Olympio, [1942?], p. 16-17.

21 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2023, p. 1123.

Neste contexto, o Conselho Internacional de Políticas de Direitos Humanos já afirmou a consequência direta da corrupção no tocante aos direitos humanos das classes mais vulneráveis:

A corrupção viola os direitos humanos daqueles que prejudica e tem um impacto desproporcional sobre pessoas pertencentes a grupos vulneráveis (como minorias, povos indígenas, trabalhadores migrantes, pessoas com deficiência, pessoas com HIV/AIDS, refugiados, prisioneiros e pessoas pobres). Também afeta desproporcionalmente mulheres e crianças.²²⁻²³

Na mesma esteira, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução 1/2018, destacou que a corrupção coloca em risco a capacidade dos governos de aplicar os recursos públicos necessários para efetivação dos direitos fundamentais sociais em detrimento dos grupos mais vulneráveis, tais como as mulheres, negros, pessoas da comunidade LGBTQIA+, dentre outros:

A corrupção na gestão dos recursos públicos compromete a capacidade dos governos de cumprir suas obrigações de direitos sociais, incluindo saúde, educação, água, transporte ou saneamento, que são essenciais para a realização de condições econômicas, sociais, culturais e ambientais e, em particular, das populações e grupos em condição de maior vulnerabilidade. Entre esses grupos, mulheres, líderes sociais, defensores do direito à terra, afrodescendentes e indígenas são os mais afetados. Da mesma forma, o impacto da corrupção é muito grave na garantia dos direitos das pessoas privadas de liberdade, migrantes e pessoas LGBTI.²⁴⁻²⁵

Os efeitos da corrupção, especialmente aqueles que recaem às classes mais desamparadas pelo Estado e pela sociedade, podem ser relacionados ao conceito de *homo sacer* de Giorgio Agamben²⁶. Isso porque as mazelas estruturais causadas pela corrupção contribuem para a perpetuação de cidadãos em situação de miserabilidade tremenda, de modo a trata-los como se fosse *homo sacer*, isto é, aquele cuja vida é *insacrificável*, mas *matável*, ou seja, desprovido de proteção divina e dos homens.

Agamben buscava compreender como se produz uma vida que pudesse ser eliminada e encontrou na *exclusão* a justificativa desse fenômeno:

O que interessa a Agamben, quando anuncia que o campo de concentração se torna paradigma definitivo da política, é entender justamente como esta produz uma vida que pode ser liquidada sem que, no entanto, se cometa assassinato. Para entender esse fenômeno, Giorgio Agamben vai ao direito

22 La corrupción viola los derechos humanos de aquéllos a quienes perjudica y tiene un impacto desproporcionado sobre las personas que pertenecen a grupos vulnerables (tales como las minorías, los pueblos indígenas, trabajadores inmigrantes, personas con discapacidad, personas con VIH/ SIDA, refugiados, prisioneros y personas pobres). También afecta, en forma desproporcionada a las mujeres y a los niños.

23 CIEDH – Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos. *La Corrupción y los Derechos Humanos: estableciendo el vínculo*. 2009, p.09. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltfiejndmkaj/https://observatoricorruptio.org/wp-content/uploads/2017/11/6.-La-corrupcio%CC%81n-y-los-Derechos-Humanos.-Estableciendo-el-vi%CC%81nculo.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022.

24 La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados. Asimismo, el impacto de la corrupción es muy grave en la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, en las personas migrantes, y en personas LGBTI.

25 CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolução 1/18, sobre Corrupção e Direitos Humanos*, 2018, p. 6. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 23 de maio 2023.

26 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer, O Poder Soberano e a Vida Nua, I*, v. 1, 2. reimp., Trad: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

romano, de onde busca uma figura que pode lhe servir de paradigma para começar a dar visibilidade ao problema. Eis o homo sacer: indivíduo que na sociedade romana perdia a proteção da lei, e, portanto, relacionava-se com ela pela forma da exclusão, mas que também não poderia ser morto em sacrifício, de modo que também se relacionava com a ordem religiosa pela forma da exclusão [...].²⁷

A morte, no contexto em que trabalhamos, pode ser compreendida em seu aspecto social ou físico e está totalmente ligada à ideia do excluído apresentada por Agamben. Com efeito, a morte do excluído, socialmente ou fisicamente, é resultada pela malversação pública, pelos atos de corrupção de desvio de recursos públicos.

Em outras palavras, a corrupção promove um cenário desesperador à parcela da sociedade: um quadro de vulnerabilidade imposto a certos grupos sociais que formalmente podem até ser protegidos pela lei em seu sentido formal, porém no plano da realidade concreta estão submetidos à escassez material, causado muitas vezes pela falta de recursos públicos que foram desviados, e de ausência de proteção jurídica substancial.

Ao mesmo tempo em que suas vidas possuem resguardo jurídico, sendo tutelados e formalmente tratados como sujeitos de direito, na realidade são mortos nas filas de hospitais e pela fome, bem como condenados a viver na precariedade no acesso a serviços públicos essenciais, sem que os verdadeiros culpados pela má gestão pública e pela corrupção sejam punidos por lhes causarem a morte no plano físico, moral e espiritual. Isto é o mesmo que dizer que não podem ser assassinados, pois o Estado e a Lei os formalmente protegem, enquanto são constantemente subjugados, humilhados e mortos como se fosse algo natural, ou seja: são insacrificáveis pela ótica do Direito, mas constantemente matáveis pelos efeitos da desigualdade social causados, em grande medida, pela corrupção, enquanto a sociedade e os agentes públicos seguem suas vidas com tranquilidade e fingindo que estas minorias estão tão tuteladas quanto elas, tratando-as como excluídos, invisíveis.

Na perspectiva de Emmanuel Lévinas, há de se captar na modernidade uma relação de alteridade com o Outro, no sentido de que o indivíduo, o Eu, não pode abandonar o próximo à penúria, à fome e à miséria²⁸. Deve haver um rompimento com a noção tradicional de responsabilidade do Eu para que este venha a ser responsável também pela figura do Outro em manifestação pessoal de caridade e doação, como guardião de seu irmão:

É ali que a alteridade que obriga infinitamente fende o tempo num *entre-tempo* intransponível: “o um” é para o outro de um ser que se desprende, sem se fazer contemporâneo do “outro”, sem poder colocar-se a seu lado numa síntese, expondo-se como um tema; um –para-o-outro como um-guardião-de-seu-irmão, como um-responsável-pelo-outro.²⁹

É fato que na atualidade as pessoas estão cada vez mais presas a seus próprios desejos e este padrão de conduta se expande em diversos âmbitos sociais, seja na esfera do debate político, na religião, nas classes sociais, nas universidades, na Administração

27 JUGEND, Gustavo. *Rosto: a passagem da ontologia à ética em Giorgio Agamben*. Dissertação (Mestrado em Filosofia), Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 03.

28 PIMENTA, Leonardo Goulart. Justiça, Alteridade e Direitos Humanos na Teoria de Emmanuel Lévinas. *Revista USCS*. Direito. Ano XI, n. 19, jul./dez. 2010, p.2. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D16-09.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

29 LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto e outros. Petrópolis: Vozes, 2009, p.14.

Pública, enfim, em diversos outros âmbitos é possível observar o individualismo e o egoísmo enraizado na cultura que podem reverberar em mazelas patrimonialistas que resultam em diversas formas de corrupção.

Lévinas propõe, portanto, uma ressignificação entre o pensamento do ser e o ser pensado a partir de filosofia da ética da alteridade afastando-se da violência autoritária. Em outras palavras, na ética levinasiana, “o *Rosto* do *outro* chama o *Eu* para fora de si e exige acolhimento, responsabilidade, justiça; ele é o fundamento do agir moral. O início da consciência moral é o acolhimento do *outro* em sua infinitude.”⁵⁸

A banalização da vida do homem é a causa da ineficácia humana, o egoísmo, o desrespeito à vida do outro reduz o humanismo a ponto de justificar a violência e os infortúnios contra aqueles que podem significar qualquer tipo de ameaça ao seu próprio interesse, tratando o diferente com indiferença e desrespeito. Segundo Emmanuel Lévinas:

[...] a crise do humanismo em nossa época, sem dúvida, sua fonte na experiência da ineficácia humana posta em acusação pela própria abundância de nossos meios de agir e pela extensão de nossas ambições. No mundo em que as coisas estão em seu lugar, em que os olhos, as mãos e os pés sabem encontrá-las, em que a ciência prolonga a topografia da percepção e da práxis, mesmo ao transfigurar seu espaço, nos lugares onde se localizam cidades e campos que os humanos habitam, ordenando-se, segundo diversos conjuntos, entre os *entes*; em toda essa realidade “correta”, o contra-senso dos vastos empreendimentos frustrados – em que política e técnica resultam na negação dos projetos que o norteiam – mostra a inconsistência do homem.⁵⁹

À vista deste diálogo entre Jacques Maritain, Giorgio Agamben e Emmanuel Lévinas fica claro que combater à corrupção é o mesmo que proteger direitos humanos, na medida em que quanto mais um Estado for corrupto, mais sua população carente será excluída. Todavia, a fim de que este cenário mude, toda a sociedade deve conscientizar-se sobre sua responsabilidade perante o *Outro* e ser vigilante no tocante à tolerância perante a corrupção. Mais que isso, toda a sociedade deve se assentar sobre os direitos humanos, mais especificamente sobre valor da dignidade para que finalmente uma comunidade fraterna possa surgir, afinal, “para defender os direitos da pessoa humana, bem como para defender a liberdade, devemos estar sempre preparados para oferecer a própria vida.”⁶⁰

Combater à corrupção exige postura crítica por parte da população brasileira, os recursos públicos devem ser aplicados com rigor, sendo intolerável que desvios que possam comprometer a eficiência das políticas e serviços públicos, especialmente àqueles que seriam direcionados a atender as necessidades das classes mais vulneráveis, para que assim o Estado patrimonialista seja também enfrentado e aos poucos superado.⁶¹

55 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 134-144.

56 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 134-144.

57 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 47.

58 GOMES, Cássia Silene Cardoso Lisboa Bernardo. Lévinas e o outro: a ética da alteridade como fundamento da justiça. *Dissertação de Mestrado*. Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio – Teoria do Estado e Direito Constitucional. 2008, p.68. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp113166.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2022.

59 LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto e outros. Petrópolis: Vozes, 2009, p.71.

60 MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Trad. Afranio Coutinho, Rio de Janeiro: Jose Olympio, [1942?], p. 10.

61 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 1144.

Portanto, não há mais espaço para mera igualdade formal, o que se busca é sua concretização material através de políticas públicas, objetivo que somente poderá ser alcançado por meio de uma sociedade que reconheça a importância de uma *boa Administração Pública*, bem como reconheça que tanto os agentes públicos, como todo indivíduo, internalizem a *dignidade humana* como *vetor fundamental*, e com isso genuinamente enfrentar as mazelas culturais que fazem com que ainda perpetue no Brasil fenômenos de *privatização da política*, através de casos escancarados de *patrimonialismo* e de *clientelismo*, os quais, infelizmente, não param de ser noticiados diariamente, bem como passem a observar o *Outro*, não com indiferença, mas com amor, carinho, respeito e responsabilidade em verdadeira alteridade no seu agir.

4 CONCLUSÃO

A corrupção faz parte das crises sociais contemporâneas e é uma das maiores preocupações do século. Cada vez mais a mídia vem noticiando casos de desvio de recursos públicos e a população aos poucos vem se conscientizando acerca dos malefícios desta prática.

É possível afirmar que a corrupção atinge diretamente os direitos humanos, pois sua prática representa riscos à prestação estatal de direitos sociais, além de atentar contra os direitos à vida, à moradia, à educação, mas sobretudo a dignidade, que deve ser o vetor absoluto fundamental à qualquer direito humano para que se preserve o mínimo existencial.

O Humanismo Integral de Jacques Maritain, com sua inspiração teocêntrica cristã, almeja regatar valores éticos e construir uma cultura de direitos humanos, de modo que o homem seja compreendido como um *humano integral*, para além da racionalidade proposta pelo modelo humanista antropocêntrico.

Assim, a dignidade deve ser compreendida a partir da noção de que não se basta viver, mas sim viver dignamente. Para que este esperado cenário se torne realidade, os valores de justiça e caridade enunciados pelo *Humanismo Integral* devem ser reconhecidos como virtudes que devam compor uma unidade mínima universal da ética e moral no âmbito social em prol do bem-estar comum.

Dialogando com o conceito de *boa Administração Pública* e com o pensamentos de outros filósofos como Giorgio Agamben e Emmanuel Lévinas, foi possível constatar que, tal como para o *Humanismo Integral*, para que o Estado possa atingir seus objetivos, a ideia de dignidade humana deve ser a luz que ilumina sua conduta e deve ser o guia da moralidade de seus agentes.

Aquele que se propõe a servir à sociedade necessita compreender a sua responsabilidade para o bem coletivo e renunciar o egoísmo humano sendo capaz de doar a si mesmo em prol do próximo.

Nesse sentido, Jacques Maritain continua mais atual do que nunca e os princípios do *Humanismo Integral* podem ser aplicados no âmbito da Administração Pública promovendo, a sua medida, uma *boa governança pública*.

Por fim, deve ser instaurada a cultura da integridade, da ética e dos princípios norteadores da *boa Administração Pública* no âmago dos agentes públicos, bem como o pensamento de Jacques Maritain aliados aos fundamentos do *Humanismo Integral* precisam ser cada vez mais internalizado na cultura brasileira, servindo para conduzir a noção de ética e moral necessária para um Estado de que seja eficiente, não corrupto e capaz de efetivar direitos humanos, principalmente das classes mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer, O Poder Soberano e a Vida Nua*, I, v. 1, 2. reimp., Trad: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ASSIS, João Paulo de. *Jacques Maritain e os Direitos Humanos: um olhar sobre a dignidade da pessoa humana*, v. 1. São Paulo: Paulus, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 nov. 2022.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 4. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolução 1/18, sobre Corrupção e Direitos Humanos*, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

CIEDH – Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos. *La Corrupcion y los Derechos Humanos: estableciendo el vínculo*. 2009. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://observatoricorrupcio.org/wp-content/uploads/2017/11/6.-La-corrupcio%CC%81n-y-los-Derechos-Humanos.-Estableciendo-el-vi%CC%81nculo.pdf>. Acesso em 02 nov. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, v.1, 3.ed., 2. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

COSTA, Ilton Garcia da. Paz e Serviços Públicos. *RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v.8, p.1879-1892, 2022.

COSTA, Ilton Garcia da; REZENDE, Rita De Cassia. Liberdade, Igualdade e Democracia. *Revista Em Tempo* (Online), v.18, p. 272-299, 2019

COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. Direitos Humanos na Interpretação de Normas Jurídicas: da Interpretação Humana ou Humanística. In: Ilton Garcia da Costa; Eneá de Stutz e Almeida; Livia Gaigher Bosio Campello. (Org.). *Direitos e Garantias Fundamentais I*. Florianópolis: Conpedi, v.1, p.39-54, 2017.

COSTA, Ligia Maura. Covid-19 e Corrupção no Brasil: Desafios e Recomendações de Governança em Situação de Crise. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.214-225, set./dez. 2020.

DUARTE, André. *O Pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*, v.1. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

DUARTE, André. *Vidas em Risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault*, v.1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

EUFRÁSIO, Thiago de Moliner. Humanismo Integral segundo Jacques Maritain: a pessoa humana como ser de relação e promotora de dignidade. *International Studies on Law and Education*, São Paulo, v.1, p.85-92, 2018.

FLORES, Joaquín Herrera. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*, v.1. Trad: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, v.1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*, v.1, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, v.1, 5.ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *A Corrupção como Fenômeno Político e seu Papel na Degradação do Estado Democrático de Direito*. Tese (Doutorado), Belo Horizonte: Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.412028&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GOMES, Cássia Silene Cardoso Lisboa Bernardo. *Lévinas e o outro: a ética da alteridade como fundamento da justiça*. *Dissertação de Mestrado*. Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio – Teoria do Estado e Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp113166.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

JUGEND, Gustavo. *Rosto: a passagem da ontologia à ética em Giorgio Agamben*. *Dissertação (Mestrado em Filosofia)*, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015.

KANT, Immanuel. *A Religião nos Limites da Simples Razão*, v.1, 70. ed., 1992.

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto e outros. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARITAIN, Jacques. *Elementos de Filosofia I. introdução geral à filosofia*. Trad: Ilza das Neves e Heloísa de Oliveira Penteado. Revista por Irineu da Cruz Guimarães, v. 1, 6. ed., São Paulo: Agir, 1963.

MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Trad: Afranio Coutinho, Rio de Janeiro: Jose Olympio, [1942?].

MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Trad: Alceu Amoroso Lima, v. 1, 5. ed., São Paulo: Nacional, 1965.

MILANI, Daniela Jorge. Humanismo Integral: a importância dos valores na construção de uma sociedade solidária fundamentada na proteção aos direitos humanos. *RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p.2027-2056, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*, v.1. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NALINI, José Renato. *Corrupção: Chaga Invencível?*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/367090/corruptao-chaga-invencivel>. Acesso em: 08 abr. 2023.

NASSIF, Gustavo Costa. *A Quem Serve a Globalização?*. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.24, p.25-29, 2/2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *A Corrupção como Desvio de Recursos Públicos: a agressão da corrupção aos direitos humanos*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.93, n.820, p.423-430, 2004. Disponível em: <https://dSPACE.almg.gov.br/handle/11037/35229>. Acesso em: 02 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 abr. 2023.

PEIXOTO, Enock da Silva. *Análise sobre a Concepção de Vida Nua: por uma política vital*. *Investigação Filosófica*, v.11, p.93-104, 2020.

PIMENTA, Leonardo Goulart. *Justiça, Alteridade e Direitos Humanos na Teoria de Emmanuel Lévinas*. *Revista USCS. Direito*. Ano XI, n.19, jul./dez 2010, p.2. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D16-09.pdf>. Acesso em: 10 de abr. 2023.

POZZEBON, Paulo Moacir Godoy. *A Filosofia Personalista de Jacques Maritain como Fundamento para a Crítica das Políticas Públicas Educacionais*. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, 2021.

POZZOLI, Lafayette; SIQUEIRA, Gilmar; DA COSTA, Márcio Valério Alves. Reflexões sobre os Direitos Humanos: direito à vida. *RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA*, v.4, p.1493-1511, 2022.

POZZOLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraternal. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 9, aug. 2011. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/283>. Acesso em: 08 mar. 2023.

POZZOLI, Lafayette; LACERDA, Luana Pereira. Declaração Universal dos Direitos Humanos: a visão de Jacques Maritain. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v.3, p.91-109, 2017.

SANGALI, Isabel Novembre; MACHADO, Edinilson Donisete. A Inobservância do Direito Fundamental à Boa Administração Pública e a Crise da Moradia no Brasil. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, v.6, p.80-99, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-989X/2020.v6i1.6477>. Acesso em 04 abr. 2023.

SANTOS, Ivanaldo. *Jacques Maritain, o Humanismo Integral e a Crise da Cidadania*, São Paulo: Faculdade São Bento, Instituto Jacques Maritain Brasil, 2014. Disponível em: https://maritain.org.br/jacques-maritain-o-humanismo-integral-e-a-crise-da-cidadania/#_ftn1. Acesso em: 29 abr. 2023.

SENNA, Gustavo. *Combate à Má Governança e à Corrupção: uma questão de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos*, v. 9. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SOUZA, Renee do Ó; SANTIN, Valter Foletto; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Sinais de Direito Fundamental a uma boa administração no Brasil. *Revista Em Tempo*, [S.l.], Marília, v. 17, n.01, p.11-36, nov. 2018. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2571>. Acesso em: 4 mar. 2023.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*, v.1, 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Recebido em: 27.05.2023

Aprovado em: 02.08.2024

Como citar este artigo (ABNT):

COSTA, Ilton Garcia da; CERBELERA NETO, Diogo Ramos; BOTELHO, Marcos César. Combate à corrupção como medida de efetivação dos direitos humanos: uma análise a partir do humanismo integral de Jacques Maritain. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.84-98, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/08/DIR51-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

EMPODERAMENTO CONSTITUCIONAL DA DIVERSIDADE: O PLURALISMO FAMILIAR PAUTADO NA IGUALDADE

CONSTITUTIONAL EMPOWERMENT OF DIVERSITY: FAMILY PLURALISM BASED ON EQUALITY

Francini Fonseca Zanovello¹
Marilaine Moreira de Jesus²
Patrícia Borba Marchetto³

RESUMO: Este artigo analisa o fenômeno da constitucionalização do Direito, consistente no ato de interpretar todo o ordenamento jurídico iluminado pelos preceitos constitucionais. Parte-se da análise do constitucionalismo e sua variante contemporânea, chamada de neoconstitucionalismo, com vistas a chegar à ideia de pluralismo como corolário de um Estado que, baseado na dignidade humana, consagra e reconhece a diversidade. Essa sociedade plural, fragmentada, mas inclusiva, admite diferentes arranjos familiares, mas só pôde dar-lhes idêntico tratamento legal a partir dos princípios constitucionais, que estabelecem a ausência de hierarquia ou preferência entre eles. Tal ideia de pluralismo jurídico apresenta novos eixos aos discursos e práticas de compatibilização. Como metodologia, utiliza-se a abordagem dedutiva, de caráter qualitativo, e o procedimento bibliográfico. Por fim, no presente estudo se objetiva demonstrar que a proteção e o amparo legal alcançados nos últimos anos pelas famílias, considerando as suas mais variadas formações, só foi possível a partir do influxo dos valores e princípios consagrados na Constituição de 1988 que, aliados às transformações ocorridas na sociedade, passaram a tutelar a sua diversidade.

Palavras-chave: dignidade humana; diversidade; igualdade; neoconstitucionalismo; pluralismo familiar.

ABSTRACT: This article analyzes the phenomenon of the constitutionalization of Law, consisting of the act of interpreting the entire legal system illuminated by constitutional precepts. It starts with the analysis of constitutionalism and its contemporary variant, called neoconstitutionalism, with a view to arriving at the idea of pluralism, as a corollary of a State that, based on human dignity, enshrines and recognizes diversity. This plural, fragmented, but inclusive society admits different family arrangements and gives them all identical constitutional treatment, since there is no hierarchy or preference for any of them. This idea of legal pluralism presented new axes to the discourses and practices of compatibility. As a methodology, the deductive approach of a qualitative nature was used. As a method of procedure, a bibliographical study was used. Finally, the present study aims to demonstrate that the dimension reached in recent years by families, considering their most varied backgrounds, was only possible from the influx of values and principles enshrined in the 1988 Constitution which, combined with the transformations that occurred in society, began to protect their diversity.

Keywords: human dignity; diversity; equality; neoconstitutionalism; family pluralism.

1 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (Unesp). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Advogada.

2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Especialista em Direito Notarial e Registral pelo IBMEC. 2021. Advogada.

3 Pós-doutora em Genética Forense pela FCF da Universidade Estadual Paulista (Unesp). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp).

1 INTRODUÇÃO

Os diversos tipos de famílias — com as suas mais variadas formas de constituição e as suas diferentes características — a despeito de há muito já existirem, de fato, na sociedade, nem sempre tiveram a devida proteção legal e a esperada tutela dos direitos fundamentais de seus integrantes.

Assim, a fim de se entender essa, até então, ausência de amparo legal a tais entidades, que hoje são conceituadas como a base da sociedade, este artigo analisa a evolução do constitucionalismo, calcado na dignidade da pessoa humana, como alicerce para o pluralismo jurídico e, conseqüentemente, para a proteção jurídica da diversidade social, sobretudo a das famílias.

Assim, no primeiro tópico estuda-se o constitucionalismo e a constitucionalização do Direito, vinculando à ideia de pluralismo como vetor a contemplar a diversidade. Nesse viés, percebe-se que o constitucionalismo evoluiu para garantir direitos civis e políticos anteriormente conquistados, bem como para implantar direitos econômicos e sociais e direitos de igualdades.

É a partir dessa ideia de aprimoramento que nasce e se desenvolve uma nova etapa do constitucionalismo, após a II Guerra Mundial, chamada neoconstitucionalismo, como uma “evolução” do sistema anterior, já que o positivismo não se mostrou suficiente para dar resposta às demandas da sociedade em constante evolução. Com isso, nesse movimento, chega-se ao que se denominou de pluralismo jurídico.

Já no tópico seguinte, entende-se a questão da transformação social das famílias, a possibilidade e a existência real de seus variados modos de composição, designados de pluralismo familiar, bem como a conceituação sucinta de alguns deles.

Na sequência, aborda-se, de modo mais específico, os princípios da dignidade humana e da igualdade como fundamentos para a tutela Estatal dos diversos tipos familiares e do livre planejamento das famílias.

Com isso, objetiva-se demonstrar que a proteção legal à diversidade familiar só foi conquistada, no Brasil, por meio dos fundamentos fixados pela Constituição Federal de 1988, que tem na dignidade humana o alicerce para a proteção e garantia de todo direito humano fundamental.

2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O PLURALISMO JURÍDICO CONSAGRANDO A DIVERSIDADE

A doutrina costuma apontar que o constitucionalismo não se desenvolveu igualmente ao longo da História, tendo sofrido variação em praticamente todos os países e continentes. Por isso, há quem prefira a expressão “movimentos constitucionais”. José Joaquim Gomes Canotilho¹ afirma que, a rigor, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos como o inglês, o americano, o francês etc.

O mesmo autor reconhece o constitucionalismo como uma teoria ou uma ideologia. Segundo ele é, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Em sentido semelhante, Paulo Ricardo Schier²

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

2 SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana (orgs.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 2014.

sustenta que o neoconstitucionalismo pode ser entendido por uma ideologia e, como tal, apresenta seus problemas.

Quanto ao aspecto histórico, aponta Karl Loewenstein³ que o constitucionalismo surgiu na Idade Antiga, tendo origem no povo hebreu, na conduta dos profetas. Esses, além de predizerem o futuro, fiscalizavam os atos dos governantes à luz das escrituras e, na Grécia Antiga, em Atenas, havia ações públicas (*graphes*) que questionavam os atos dos governantes. A *graphe Paranomon*, por exemplo, questionava a validade dos atos normativos, sendo considerada o antecedente remoto do controle de constitucionalidade.

Na Idade Média, o marco do constitucionalismo foi a Magna Carta (1215), outorgada pelo rei inglês João I ou João “sem terra”, a qual previa uma série de direitos ao povo inglês, limitando os poderes do próprio rei. A bem da verdade, o rei foi obrigado a assinar esse documento em razão da rebelião dos barões ingleses. Embora não tenha sido aplicada na prática, ela é considerada, por muitos, a origem histórica de vários direitos.

De acordo com os ensinamentos do professor Flávio Martins⁴, na visão moderna, o constitucionalismo pode ser definido, grosso modo, como um movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado, por meio de uma Constituição escrita. Ele surge basicamente com três Constituições, a da Córsega (1755), a dos Estados Unidos (1787) e a da França (1789). A partir daí o constitucionalismo se espalhou pelo mundo, chegando ao Brasil em 1824.

Registra-se, ainda, que, na contemporaneidade, o constitucionalismo recebe o nome de neoconstitucionalismo, surgindo após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo⁵. Tem como marco teórico a força normativa da Constituição — a Constituição é fruto da realidade de um país, mas como tem força normativa é capaz de transformar essa realidade⁶ — tendo como principal objetivo a busca por maior eficácia da Constituição, principalmente dos direitos fundamentais.

Em que pese não haver um conceito único de neoconstitucionalismo, Humberto Ávila⁷ observa que o fortalecimento do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo foi um dos fenômenos mais visíveis do Direito Constitucional nos últimos 20 anos no Brasil, acarretando algumas mudanças fundamentais (ocorridas ou meramente desejadas), em maior ou menor intensidade, desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional.

Ensina Paulo Ricardo Schier⁸ que o fenômeno da constitucionalização do direito decorre também do processo de substancialização ou materialização das Constituições contemporâneas, impondo a impregnação de princípios e regras constitucionais nas normas infraconstitucionais. Tomando como referência alguns parâmetros desenvolvidos principalmente por Luis Prieto Sanchis, afirma que o constitucionalismo é um complexo momento constitucional marcado por algumas características bastante específicas.

3 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 154-155.

4 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 93.

5 O termo pós-positivismo significa que o Direito, a partir de então, não era mais só o que estava na lei. Os princípios, que tinham aplicação secundária, passam a gozar de força jurídica - força primária, força cogente máxima - atuando, a partir deste momento, como fator de conformação judicial do direito.

6 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

7 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/ março, 2009.

8 SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana (orgs.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 2014, p.49.

Outrossim, Sanchís⁹ foi o inventor de uma já conhecida fórmula do que seria o neoconstitucionalismo em sua vertente teórica, dada por cinco epígrafes. São elas: mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar dos espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes com tendências contraditórias, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno das sucessivas opções legislativas.

Em complemento, Paulo Schier¹⁰ registra que não se pode negar que a maior parte das premissas referenciais que marcam o neoconstitucionalismo foram construídas dentro do próprio constitucionalismo, embora historicamente trate-se de momentos distintos. Além disso, o fenômeno que hoje é designado como constitucionalização do direito tem sentido nesse quadro do neoconstitucionalismo pós-positivista, uma vez que as Constituições passam a albergar princípios e direitos sociais prestacionais dotados de elevada carga axiológica.

Por sua vez, Daniel Sarmento¹¹ aponta que a constitucionalização do ordenamento jurídico, fenômeno relativamente recente no Brasil, tem provocado uma profunda alteração em todos os ramos do Direito. Observa que é praticamente impossível encontrar na atualidade um processo judicial, em qualquer área, em que a Constituição não seja invocada pelas partes do litígio e depois empregada pelo juiz ou tribunal na fundamentação da decisão.

Aprofundando-se na temática, Claudio Pereira e Daniel Sarmento¹² apontam que o processo de constitucionalização do Direito pode ocorrer de duas formas distintas: constitucionalização-inclusão e constitucionalização-releitura. Aquela significa incluir temas que antes eram apenas infraconstitucionais dentro do texto constitucional, elevando o *status* de determinados Direitos, ao passo que esta significa interpretar todos os demais ramos da ordem jurídica sob as lentes da Constituição, vale dizer, nenhuma norma existe senão de acordo com os princípios e regras constitucionais.

Nesse cenário, importa destacar que o movimento em análise implica substancial alteração de paradigmas, tanto no Direito Público, quanto no Privado, uma vez que esse novo modo de trabalhar o ordenamento jurídico, a partir da interferência dos valores consagrados numa Constituição, altera sensivelmente a interpretação dos demais ramos do Direito, impactando o direito privado de maneira ainda mais expressiva.

Especificamente no que tange ao Direito Civil, cumpre notar que, em todo seu contexto histórico, ele sempre esteve atrelado ao espaço normativo privilegiado do indivíduo, portanto, nenhuma outra área do Direito encontrava-se mais afastada do Direito Constitucional que a civilista. Percebe-se, desse modo, que a constitucionalização do Direito Civil trazia o aparente paradoxo do deslocamento da esfera pública para a proteção do interesse privado.

No entanto, de acordo com os ensinamentos de Rita Vasconcelos¹³, essa visão estática cedeu espaço para inserção do Direito Civil na Constituição jurídico-positiva “em nome da função social do Estado, que intervém para proteger a dignidade das pessoas.” Mas isso não

9 SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 123-168.

10 SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana (orgs.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 2014, p.51.

11 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Lumen Juris, 2007, p. 14-27.

12 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 44.

13 VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.112.

implica total publicização das relações familiares, mas tão somente reconhecimento de que os princípios constitucionais devem reger a aplicação das normas de direito de família, as quais precisam, agora, ser interpretadas sob nova ótica.

Dito de outro modo, atualmente, a mudança de atitude é evidente, percebe-se que o jurista busca interpretar o Código Civil de acordo com a Constituição e não a Constituição conforme o Código, como ocorria frequentemente outrora. À vista disso, pode-se afirmar, então, que a constitucionalização é o processo em que se eleva ao plano constitucional os princípios basilares do Direito Civil.

Esclarece Sarmiento¹⁴ que nenhum ramo do Direito escapa completamente da ordem jurídica constitucionalizada. Se, por um lado, a pluralidade e a complexidade dos interesses presentes numa sociedade cada vez mais heterogênea demandam uma crescente especialização no âmbito jurídico, por outro há, agora, um centro de gravidade, capaz de recolher os valores mais importantes da comunidade política, com vistas a conferir alguma unidade, tanto axiológica quanto teleológica, ao ordenamento.

Com o Direito Civil não foi diferente, a sua constitucionalização implicou reconhecer que a vontade dos particulares passou a ser limitada, a partir, por exemplo, da concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Assim, a concepção individualista vai sendo superada pela concepção da solidariedade, relativizando-se a proteção da autonomia da vontade.

Constata-se que o principal efeito da constitucionalização do direito privado é a releitura do Direito Civil iluminado pela Carta Magna, com a decorrente funcionalização dos institutos clássicos do ramo civilista às finalidades superiores consagradas no texto constitucional.

Passando as coisas desse modo, tem-se que o neoconstitucionalismo inaugurou uma importante fase do constitucionalismo global. Os princípios constitucionais irradiaram-se para todo o ordenamento jurídico e ganharam *status* de norma jurídica, levando à ingerência dos direitos fundamentais das pessoas para todas as esferas do direito. De acordo com Álvaro Espinoza,¹⁵ tem-se, dessa forma, a emergência do que se designa Estado Constitucional fundado em premissas pós-positivistas, merecendo destaque o fenômeno de uma maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, conseqüentemente, mais pluralismo.

É de se notar que a constitucionalização do Direito traz consigo a ideia de pluralismo, o qual era protegido apenas formalmente, ou seja, dentro da Constituição, e agora extravasa para além dela, projetando-se também para as leis. Nas palavras de Marcos Maliska, o Direito Constitucional é visto como unidade, mas que permite a abertura tanto para fora quanto para dentro. Essa abertura para dentro inclui o pluralismo jurídico.¹⁶

Na definição de Wolkmer¹⁷, o pluralismo jurídico é composto pela diversidade de normas que vigem em uma determinada sociedade de forma simultânea, sendo considerada como questão social e em partes como antagonismo ao monismo jurídico, que é o monopólio das normas jurídicas exercidas pelo Estado. O autor pontua que o poder estatal não é a única fonte e exclusiva de todo o Direito, havendo na sociedade a produção e aplicação de normas emanadas dialeticamente da sociedade, de seus sujeitos e grupos sociais.

14 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional*, p. 14-27.

15 ESPINOZA COLLAO, Álvaro Daniel. ¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar. *Tla-melau*, Puebla, v.10, n.41, p.222-240, 2017. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162017000100222&lng=es&nrm=iso Acesso em: 02 fev. 2023.

16 MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

17 WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.

Refletindo sobre pluralismo, numa perspectiva crítica, Mikhail Antonov¹⁸ expõe que “Pluralismo jurídico não revela novos direitos sociais ou regularidades, não provê um esquema explicativo novo (em vez disso, apenas muda as palavras do esquema antigo)”.

Já em conformidade com o pensamento de Marcos Maliska¹⁹, sob a designação de pluralismo jurídico é possível visualizar variadas formas de investigações que conduzem a um pluralismo do próprio pluralismo jurídico, a indicar que o termo comporta diferentes acepções. Por outro lado, esse “é um conceito que também remete à questão da afirmação das particularidades, um processo que, sob o ponto de vista teórico, está vinculado à chamada pós-modernidade”.

De todo modo, o pluralismo jurídico está ancorado na Constituição e se o brasileiro aceita os valores insculpidos na atual Constituição Federal - CF/88, dificilmente ele conseguirá se afastar do pluralismo. Vive-se hoje num mundo plural, complexo em que não há mais uma única pré-compreensão em cada sociedade, mas múltiplas cosmovisões que coabitam no mesmo espaço-tempo, algumas delas absolutamente conflitantes, é o que Sarmento²⁰ denomina de fragmentação axiológica.

Por outro lado, Zagrebelski²¹ consigna que as sociedades pluralistas de hoje — aquelas que possuem uma diversidade de grupos sociais com diferentes interesses, ideologias e projetos —, dotadas em seu conjunto de certo grau de relativismo, atribuem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto de vida em comum, mas sim de dar condições para que seja possível fazê-lo.

O autor supracitado segue aduzindo que o único conteúdo “sólido” que a ciência de uma Constituição pluralista deve defender, rigorosa e decisivamente, contra a agressão de seus inimigos, é o da pluralidade de valores e princípios.

As diferentes Constituições foram trazendo evoluções, ao longo do tempo, bem como tutelando novas necessidades humanas e ampliando o leque de regras e princípios positivados. Assim, contribuiu-se para que conceitos fundamentais do Estado Constitucional fossem revisitados, possibilitando a afirmação de novos sujeitos de direito e colocando no centro político-constitucional as relações entre igualdade, identidade, pluralidade e diversidade.

Tendo como base tais premissas, vê-se que o pluralismo jurídico, ainda que não haja consenso quanto à definição do termo, ou mesmo que parem dúvidas no que diz respeito ao seu aspecto inovador, traz, ao menos, uma nova forma de pensar e normatizar todas essas novas realidades decorrentes da transformação social — que ocorre de maneira muito mais acelerada — consagrando, em última análise, a diversidade. Esse mesmo raciocínio leva ao conceito de pluralismo familiar, que será abordado no tópico a seguir.

3 TRANSFORMAÇÃO SOCIAL DAS FAMÍLIAS, PLURALISMO FAMILIAR

Essa nova realidade, acima analisada, não é alheia ao Direito de Família. Desde o século XX, por intermédio de uma abordagem pluralista que predomina no direito, a regulação da família abandonou antigos fundamentos para promover princípios orientadores como igualdade, liberdade e dignidade humana.

18 ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021.

19 MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica*. 2ª ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2022, p. 11-13.

20 SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009, p. 314.

21 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007, p.13-14.

Dando um passo atrás, vale lembrar que a existência da família é bastante antiga, tanto quanto a da própria humanidade. Rita Vasconcelos²² tratando do tema *en passant* observa que não é possível aferir o momento exato em que a família passou a existir, porém “o que se sabe é que a família já assumiu diversas formas, conforme a cultura dos povos nas diferentes épocas e localidades geográficas em que estava inserida”. Sabe-se que as famílias foram diferentes, ao longo do tempo, em diversos aspectos: em relação ao seu modo de constituição, ao número de seus componentes, ao exercício da autoridade, aos papéis exercidos pelos membros da família, seus direitos e deveres etc.

A mesma professora registra, na sequência, que com o surgimento do Cristianismo, tanto a família quanto o casamento passaram a interessar à Igreja, de tal modo que ela editou — independentemente das leis do Estado — normas estabelecendo que o sacramento do casamento era indissolúvel.

Para além disso, vale destacar que a influência da Igreja Católica era tão intensa nesse período que o próprio conceito de família era vinculado aos valores propostos por esses religiosos. Tanto era assim que até a Constituição Federal de 1969, somente era reconhecida como entidade familiar aquela formada pelo casamento entre o homem e a mulher, incluindo-se a prole. Para essa vertente matrimonial, a entidade família somente era admitida, para fins de proteção estatal, a partir da celebração do casamento.

Consoante ensinamentos de Maria Berenice Dias²³, a evolução do ordenamento jurídico, aliada às transformações sociais e à perda da influência da igreja sobre o Estado, fez com que fosse ruindo o caráter de sacramento do casamento, passando-se a admitir a dissolução dos laços matrimoniais. Com essa nova visão, que passou a admitir a ruptura do vínculo conjugal, a proteção estatal à família deixou de ser uma exclusividade das uniões advindas do casamento, estendendo-se a outras formações, como a união estável, por exemplo.

Essa última, por muito tempo, foi desprovida de qualquer proteção jurídica. Existia uma enorme disparidade entre o direito positivo e a realidade social, revelando que o legislador brasileiro ignorou a realidade do país, no que tocava às normas de direito de família estabelecidas no Código Civil de 1916.

Não convém adentrar, aqui, a todas as minúcias que culminaram nessa mudança de paradigma na seara familiar, mas é fato que a família vem sofrendo, no decorrer da história, múltiplas influências: política, econômica, religiosa e social. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, atento à importância do organismo familiar, vem evoluindo na conjugação desses fatores de influência com o tratamento conferido aos vários modelos familiares existentes, com vistas a estabelecer regras que atendam aos atuais anseios sociais.

Nesse andar, imperioso ressaltar que a família deixa de seguir um modelo único de constituição, de ser marcada pelo autoritarismo e vai atenuando a desigualdade entre seus membros. Certamente, ainda não se está no patamar ideal do que se imagina para um LAR — o que, nas palavras de Maria Berenice Dias é “Lugar de Afeto e Respeito”²⁴ —, mas, diante dessa perspectiva que se analisa, lícito defender que o caminho está trilhado.

Não se desconhece que, na atualidade, o afeto é o que nutre e sustenta as famílias. Giselda Hironaka²⁵ comenta que, tendo a afetividade como característica marcante, a família

22 VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.105.

23 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

24 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 43

25 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 1, n. 1, p. 8. Porto Alegre, 1999.

atual passa a ser o principal refúgio das pessoas que procuram aliviar as tensões da vida moderna, numa verdadeira fuga dos problemas cotidianos. É uma “necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família.”

É visível, nessa medida, que com o passar dos tempos, o conceito de família vem sofrendo inúmeras transformações de caráter público e privado em face do interesse e do novo redimensionamento da sociedade. É, portanto, nessa perspectiva que os novos arranjos familiares devem ser entendidos. De toda forma, Rita Vasconcelos²⁶ alerta que a evolução do direito de família ocorre de forma lenta no Brasil, além de as novas leis só surgirem quando as mudanças sociais já ocorrerem há bastante tempo, tal como se deu na ADPF 132.

Lado outro, na evolução histórica da família, além do modelo tradicional formado pelo casamento, houve a introdução de novos costumes e valores, como a internacionalização dos direitos humanos; a globalização; e o respeito ao ser humano, tendo em vista sua dignidade e os direitos inerentes à sua personalidade. Tais fatores impuseram o reconhecimento de novas modalidades de família, respeitando as intrínsecas diferenças que compõem os seres humanos.

A exemplo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF, em julgado proferido em maio de 2011, reconheceu como entidade familiar a união homoafetiva. Conforme Moraes e Camino²⁷, os argumentos utilizados para embasamento dessa decisão abrangeram desde o reconhecimento da igualdade diante daqueles que contraem casamento até a ênfase na diferença, de modo que, muito embora se esteja diante de uma unanimidade percebida, ter-se-ia, ainda, muito o que conquistar para que a diversidade fosse, de fato, efetivada.

Retomando a ideia inicial, percebe-se que o paradigma patrimonialista (do Direito de Família), calcado no dirigismo estatal, é substituído pelo paradigma existencialista a partir da promulgação da CF/88. Esse novo paradigma é marcado por uma tutela estatal e traz a concepção pluralista de família. Nessa nova visão de família plural, vige o princípio da igualdade tanto entre cônjuges como entre filhos, com foco na dignidade humana.

Dentro desse contexto é que surge, no plano jurídico, o pluralismo familiar, reconhecendo e tutelando as várias conformações de família. Isso porque, de acordo com Carmem Ramos,²⁸ “No plano social, a família brasileira sempre foi plural, sendo fundada tanto no casamento quanto em uniões de fato, de variados perfis”.

Destaca-se que, seguindo esse entendimento de inclusão e alargamento de proteção estatal às diversas formas de família, as Cortes Superiores já firmaram entendimento no sentido de que o rol constitucional familiar é meramente exemplificativo.²⁹ Entende-se que o art. 226 da CF/88 é norma jurídica de inclusão, por inserir institutos no âmbito de proteção estatal, o que vai ao encontro da ideia de direito de família instrumental. Portanto, pode-se afirmar que a pluralidade dessas entidades conduz a uma não taxatividade. Assim, nos dias atuais, verifica-se a existência de diversos arranjos, originando famílias tais como:

- Matrimoniais/formais: que decorrem do casamento e podem ser tanto heterossexuais quanto homossexuais;

26 VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.111.

27 MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. *Revista Direito GV*. São Paulo. V.12, n.3 – set-dez 2016. Disponível em: Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil | Revista Direito GV (fgv.br). Acesso em 25 fev. 2023.

28 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II congresso brasileiro de direito de família - A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDIFAM, OAB-MG, Del Rey, 2000, p. 61-62.

29 Vide Recurso Extraordinário nº 646.721/2018 do Rio Grande do Sul que na ementa dispõe que: “A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas.”

- Informais: que advém de união estável e podem ser tanto heterossexuais quanto homossexuais;

- Monoparentais: compostas por qualquer um dos pais e seus descendentes. Nas lições de Eduardo de Oliveira Leite,³⁰ são aquelas uniões em que a pessoa (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. O autor ainda ensina que, para esse tipo de família, na França, determinou-se a idade desta criança — menor de 25 (vinte e cinco) anos — e no Brasil, a Constituição limitou-se a falar em descendentes, tudo levando a crer que o vínculo entre pais e filhos se dissolve naturalmente com a maioridade, nos termos do art. 5º do Código Civil Brasileiro;

- Anaparentais: que são famílias sem pais, como aquelas formadas somente por irmãos. Segundo Maria Berenice Dias, são decorrentes “da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito”³¹. E, nas palavras do criador dessa expressão, o professor Sérgio Resende de Barros, é aquela “que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. De origem grega, o prefixo *ana* traduz ideia de privação. Por exemplo, anarquia significa sem governo. Esse prefixo me permitiu criar o termo anaparental para designar a família sem pais”³²;

- Eudemonistas: quando constituídas pelo vínculo afetivo. Nas palavras de Maria Berenice Dias, citando Belmiro Pedro Welter, a família eudemonista “busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros”³³. Trata-se da parentalidade socioafetiva;

- Mosaicos: que são formações recompostas, ou seja, são as uniões formadas pelo casamento, união estável ou homoafetiva do pai ou mãe que constituía a família monoparental. De acordo com Semy Glanz³⁴, após a ruptura dos casais, muitos refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes, ambos têm filhos e acabam tendo mais, fazendo surgir os irmãos germanos e unilaterais. Assim, a presença de um filho anterior à atual união é requisito essencial dessas famílias.

- Simultâneas: aquelas que, como regra, ainda não recebem proteção do Estado, mas existem³⁵. Desse modo, não podem ser consideradas como entidades familiares para fins de tutela estatal, pois ferem o princípio da monogamia. Tais uniões são paralelas e não abertas, o que as difere da união poliafetiva³⁶. O Superior Tribunal de Justiça vem negando tutela a essa modalidade, como ocorreu no RESP 397.762.

Nada obstante, há quem defenda, com base no novo panorama plural de família, que os Tribunais deveriam recepcionar e tutelar todo e qualquer núcleo familiar — independentemente do seu modo de formação — inclusive as marginalizadas, como as paralelas e as poliafetivas,

30 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003.

31 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 46.

32 BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>. Acesso em: 01 mar. 2023

33 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 52.

34 GLANZ, Semy. A família mutante - sociologia e direito comparado: *inclusivo o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157-158.

35 Sobre referido modelo de família, merece destaque o posicionamento de Maria Berenice Dias. A determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, não consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. É o que se chama de famílias paralelas. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p.54).

36 É a relação concomitante entre três ou mais pessoas, conhecidas por trisal (em analogia à palavra casal), formando um único núcleo familiar. A relação, assim como a paralela, fica à margem do ordenamento jurídico brasileiro.

a fim de disciplinar os efeitos patrimoniais delas decorrentes e retirar os integrantes da situação de indefinição que se encontram.

Quanto às famílias plúrimas, Maria Berenice Dias³⁷ pondera que negar a existência de núcleos poliafetivos acarreta a exclusão de direitos aos integrantes da família, de modo que não poderiam ser deferidos alimentos, herança e partilha de bens comuns.

Agora, falta saber se tal acatamento por parte da jurisprudência não demandaria alteração do próprio princípio monagâmico, ainda hoje orientador do conceito de família. Todavia, é certo que a lei deve dar uma resposta a cada época, tendo em conta as realidades e os princípios superiores vigentes naquele dado momento.

Nesse sentido, bem observa Álvaro Espinoza,³⁸ ao dizer que nem a família nem o casamento são produtos de qualquer autoridade. Ainda assim, o poder público costuma reconhecê-los por meio da elaboração de normas legais e regras inconscientemente seguidas no hábito, no uso e no costume para elevá-los, dotando-os de um perfil cultural identificador geralmente expresso nos diversos ordenamentos jurídicos.

Noutro giro, cabe ressaltar que toda essa pluralidade possui fundamento no princípio do livre planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º da Constituição Federal. Tal dispositivo afirma que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, a família é planejada livremente por decisão do casal. Ademais, nesse planejamento livre cabe ao Estado assegurar o seu exercício, sendo proibida qualquer forma impositiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Outrossim, a Lei 9.263/1996, que regula o citado dispositivo constitucional, em seu art. 2º, define planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”³⁹.

A lei em comento, ainda, estabelece que não é apenas função estatal assegurar o planejamento, mas também observar que os planos de cobertura de saúde atuem para preservar a proteção constitucional. Trata-se do fundamento pelo qual o art. 35-C, III da Lei 9.656/1998 — que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde — tem como obrigatória a cobertura do atendimento também nos casos de planejamento familiar.

Ainda sobre o tema — e para comprovar a influência da Constituição no Direito Civil — há o art. 1.565, § 2º do Código Civil, que reproduz o trecho do dispositivo constitucional para reforçar o fato de o planejamento familiar ser de livre decisão do casal, de competência do Estado para ser exercido e ainda protegido de coerção, seja por instituições privadas ou públicas. Ademais, o art. 1.513 do mesmo diploma legal, proíbe qualquer intervenção na comunhão de vida instituída pela família.

Portanto, observa-se que o princípio do livre planejamento familiar abriu as portas para que se tutelasse juridicamente não só os diversos tipos de formação familiar como também as diferentes formas de filiação. Assim, os filhos, advindos ou não da relação de casamento, biológicos, adotivos ou advindos das técnicas de reprodução humana assistidas possuem os mesmos direitos e proteção legal, conforme dispõe o art. 227, § 6º da Constituição Federal, demonstrando a mudança de paradigmas e o alicerce constitucional do pluralismo familiar e filial.

37 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 55.

38 ESPINOZA COLLAO, Álvaro Daniel. ¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar, p. 222-240.

39 BRASIL, *Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996*. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 03 mar. 2023.

4 IGUALDADE DE TRATAMENTO NOS DIVERSOS ARRANJOS FAMILIARES: DIGNIDADE HUMANA

Em conformidade com o exposto até aqui, fica evidente que não há qualquer restrição à proteção da entidade familiar, por ter sido ela instituída por esta ou aquela forma. Pois bem, uma vez reconhecido o pluralismo dos modelos familiares, não mais se admitiu um direito de família voltado apenas às famílias matrimonializadas. Exigiu-se uma reformulação de seus princípios, sob o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Acredita-se que a dignidade humana e a igualdade sejam os dois principais valores constitucionais que comandam as relações familiares. Na pós-modernidade, a família apresenta-se como uma realidade complexa e pluralista, moldada pelos costumes vigentes no momento histórico correspondente. Com isso, uma plena aceitação sociológica da diversidade nas relações familiares é, de fato, a melhor maneira de reconhecer a igualdade.

O princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º da CF/88, do qual decorrem todos os demais, representa, nos dizeres de Daniel Sarmento, o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade⁴⁰.

Assim, trata-se de princípio que fundamenta, além de um limite para a atuação estatal, também um norte para a sua ação positiva, ou seja, além de abster-se de praticar atos contra a dignidade humana, o Estado deve promover tal dignidade garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território⁴¹. No âmbito familiar, a dignidade traduz-se, a rigor, na garantia fundamental da escolha do modelo de família em que os sujeitos irão aperfeiçoar seu projeto de vida.

Já sobre o vetor da igualdade, é oportuno dizer que também tem assento constitucional. A Constituição Federal traz em seu art. 3º os objetivos fundamentais da República⁴². Dessa forma, infere-se que o princípio da igualdade tem posição de destaque no sistema constitucional brasileiro, dando conteúdo aos demais direitos e garantias constitucionais. Inclusive, o artigo 5º, *caput* da CF/88 afirma que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção, sendo assegurado, nos termos da lei máxima, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sob outro viés, a doutrina brasileira já assentou que o princípio da igualdade também tem o legislador como destinatário. Seguindo o pensamento de Alexandre de Moraes⁴³ tem-se que a acepção do princípio da igualdade ganha relevo em dois planos distintos, o primeiro é o que tange ao exercício (edição) das leis, atos normativos e medidas provisórias, por parte do poder legislativo e do poder executivo, a fim de evitar respaldo com teor discriminatório; já o segundo plano refere-se à obrigatoriedade de dar interpretação igualitária às normas (em sentido amplo).

Nessa linha de raciocínio, Bulos adverte que não se deve perder de vistas que um tratamento legal desigual perante institutos jurídicos compatíveis fere o princípio da igualdade, impondo ao intérprete o ônus de sanar tal desigualdade.

40 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.60.

41 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.71.

42 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

43 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

O Pretório Excelso apontou o tríplice objetivo do pórtico da isonomia: limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular [...]. Realmente, a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo. O legislador não poderá criar normas veiculadoras de desequiparações abusivas, ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau. A autoridade pública, por sua vez, também está sujeita ao ditame da isonomia. Um magistrado, e.g., não poderá aplicar atos normativos que virem situações de desigualdade. Cumpre-lhe, ao invés, banir arbitrariedades ao exercer a jurisdição no caso litigioso concreto. Daí a existência dos mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como no campo infraconstitucional (legislação processual). O particular, enfim, não poderá direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, através de preconceitos, racismos ou maledicências diversas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente, com base na Constituição e nas leis em vigor.⁴⁴

Não é demais dizer que a ideia de igualdade é inerente ao Estado Democrático, pois o sustentáculo de toda a Constituição moderna não é só a liberdade, mas sim a equidade. A não observância de tais parâmetros, pelo legislador ou qualquer integrante das instituições democráticas, fere a essência constitucional. Nesse sentido, Robert Alexy⁴⁵ enfatiza que “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”.

Portanto, por meio do princípio da igualdade, são vedadas diferenciações gratuitas, bem por isso, tidas por arbitrárias, na medida em que não se justificam pelos valores insculpidos na Carta Magna. No caso do direito de família, ao se estabelecer juridicamente o pluralismo familiar, qualquer tratamento diferenciado dispensado a qualquer entidade familiar reconhecida estaria por ferir a própria Constituição.

Contudo, exigir que o Estado cumpra com seu dever de satisfação do bem comum, aceitando não só os costumes, mas também a ética sexual consentânea, não pode levar a uma proteção exacerbada da instituição família — em detrimento dos indivíduos — elevando-a para outros horizontes, conflitando com outros valores igualmente caros para a ordem jurídica. Assim, reconhecendo que deve haver equilíbrio nesse sopesamento, Espinoza⁴⁶ observa que “este paradigma não se revela discricionário do Estado; pelo contrário, conforma-se como uma obrigação incontornável, emanada das bases da institucionalidade estabelecida no mandato constitucional”.

Feita a ressalva, há de se consignar, ainda, que a família de hoje é derivada de um conceito aberto, cuja proteção legal se materializa como um conceito fluido, desenvolvido a partir de cada grupo humano, assegurando, pois, o paradigma do pluralismo jurídico dentro da família. Reconhecer a diversidade de formas para constituir família numa sociedade é prova do acolhimento do pluralismo. Logo, admitir a pluralidade de culturas e as diversas realidades que convivem sob um mesmo sistema normativo, em última análise, concretiza a própria dignidade humana.

Prosseguindo, neste contexto do neoconstitucionalismo, a interpretação judicial de cláusulas constitucionais, como as da igualdade e da dignidade da pessoa humana, torna-

44 BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 77-78.

45 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

46 ESPINOZA COLLAO, Álvaro Daniel. *¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar*, p. 222-240.

se essencial para a definição de questões socialmente controvertidas ou tecnicamente complexas. Essas questões vão, por exemplo, desde a existência de um direito à união estável entre pessoas do mesmo sexo até à viabilidade de se reconhecer a união poliafetiva.

Assim, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da existência tanto do Estado quanto da família, a proteção do organismo familiar deve ser tratada como direito fundamental. Isso porque, como diz Teresa Wambier⁴⁷, é na família que a pessoa deve encontrar apoio, afeto e suporte emocional para a realização de seus anseios existenciais e a concretização de suas aspirações nos mais diferentes setores da vida.

No mesmo sentido, Rita Vasconcelos⁴⁸ acentua que se protegendo a família — constituída pelo casamento ou união estável, fruto de uniões hetero ou homoafetivas, mono ou biparental — o Estado estará tutelando o ser humano, garantindo sua dignidade e possibilitando seu crescimento enquanto pessoa. E essa proteção deve dirigir-se às famílias em seu sentido amplo, considerada a vinculação afetiva de seus membros e sua intenção de constituir um núcleo tão importante do ponto de vista social quanto aquele que o legislador de 1916 denominou família legítima.

Em que pese as transformações no perfil do organismo familiar, a família continua sendo a base do ser humano. Afirma Gustavo Tepedino⁴⁹ que a comunidade familiar não é protegida como instituição valorada em si mesma, mas “como instrumento de realização da pessoa humana”.

Assim sendo, deve-se fazer uma leitura crítica do sistema jurídico, pautada nos princípios constitucionais atinentes ao direito de família, identificados por Guilherme Calmon Nogueira da Gama da seguinte forma:

O princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana; o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia, aplicável às relações familiares, inclusive quanto à escolha da espécie de família; os princípios e objetivos de liberdade, justiça e solidarismo nas relações sociais e, em específico, familiares; o princípio e garantia da igualdade em sentido material entre todos, inclusive os integrantes da família; o princípio da tutela estatal à família, independentemente da sua espécie.⁵⁰

Dessa forma, a atual Constituição Federal Brasileira, que atravessou vários períodos históricos e paradigmáticos rumo à democratização, assegura a preservação da dignidade do ser humano, a liberdade individual, a autodeterminação, o desenvolvimento humano em sua ampla magnitude, a igualdade, a justiça e a não discriminação como valores supremos de uma sociedade plural e mais justa.

Assim, através de uma interpretação sistêmica dos princípios constitucionais, dos grandes debates doutrinários multifacetados e da interferência legislativa, busca-se reconhecer direitos familiares a todos os cidadãos, tendo em vista sua rica diversidade, a solidariedade e o melhor interesse de seus componentes.

47 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Um novo conceito de família - Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

48 VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.111.

49 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.57.

50 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não fundada no casamento*. RT 771/51, p. 60.

5 CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, as relações familiares adquiriram novos contornos e grandes eixos passaram a balizar o direito das famílias. O primeiro grande exemplo desses novos vieses é a igualdade entre homens e mulheres. O segundo trata do pluralismo das entidades familiares, especialmente baseado no princípio do livre planejamento familiar – previsto no texto constitucional, em seu art. 226, § 7º –, o qual está fundado na dignidade humana e na paternidade responsável. Já o terceiro exemplo configura-se no tratamento igualitário entre os filhos, o que encontra amparo no art. 227, § 6º, também da Carta Magna.

Assim, em relação aos filhos, são-lhes assegurados, constitucionalmente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Ademais, trata-se de dever da família, da sociedade e do Estado a proteção dessas crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, bem como a tutela de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Por fim, e para coroar toda essa proteção, esses filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, inclusive para fins de registro civil.

Outrossim, o Estado passou a ter obrigação para com os cidadãos para atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos familiares e filiais, garantindo-lhes condições para tanto. Contudo, tal garantia deve ser concedida sem intervenção estatal direta nas relações familiares, mas apenas com o oferecimento de amparo para que os núcleos familiares existam, nas formas como livremente desejarem, e sejam protegidos.

Com essa nova base constitucional, o afeto e a felicidade passaram a ser os vetores das formações familiares. A partir de então, encontram fundamento na dignidade humana e na igualdade, implicando a necessária incorporação desses novos modelos de uniões afetivas aos sistemas normativos, assegurando a todos eles iguais direitos.

Por fim, certo é que todos esses avanços e transformações nas relações familiares foram possibilitados por garantias constitucionais, que têm o poder de impedir retrocessos sociais com seu eventual desrespeito. Assim, essas tutelas positivadas na Lei Maior são responsáveis por concretizar a contribuição para uma diversidade familiar saudável e protegida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>. Acesso em: 01 mar. 2023

BRASIL, *Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996*. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência do Brasil.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ESPINOZA COLLAO, Álvaro Daniel. *¿En qué esta la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar*. *Tla-melaua*, Puebla, v. 10, n. 41, p. 222-240, 2017. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162017000100222&lng=es&nrm=isso
Acesso em: 02 fev. 2023.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não fundada no casamento*. RT 771/51.

GLANZ, Semy. *A família mutante - sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157-158.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 1, n. 1, p. 8. Porto Alegre, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. Ed. São Paulo. RT, 2003

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica*. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2022

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. *Revista Direito GV* São Paulo. V.12, n.3 – set-dez 2016. Disponível em: Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil | Revista Direito GV (fgv.br). Acesso em 25 fev. 2023.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família constitucionalizada e pluralismo jurídico*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II congresso brasileiro de direito de família - A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois Lados da Moeda. A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.14- 27.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana (orgs.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade do bem de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Um novo conceito de família - Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. *In*: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de família e do menor* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *In*: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007.

Recebido em: 26.04.2023

Aprovado em: 12.08.2024

Como citar este artigo (ABNT):

ZANOVELLO, Francini Fonseca; JESUS, Marilaine Moreira de; MARCHETTO, Patrícia Borba. Empoderamento constitucional da diversidade: O pluralismo familiar pautado na igualdade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.99-114, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/09/DIR51-06.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

A EFETIVIDADE DA CONSTRUÇÃO DO ESTADO AMBIENTAL PELO PROCESSO CONSTITUCIONAL: O CASO DO AMIANTO CRISOTILA

LA EFICACIA DE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO AMBIENTAL A TRAVÉS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL: EL CASO DEL ASBESTO CRISOTILO

Luciana Costa Poli¹
Aloísio Bolwerk²

RESUMO: O trabalho examina a atuação do Poder Judiciário, mais precisamente o fenômeno do ativismo judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, abordando a importância da atuação do juiz para efetivação dos princípios constitucionais. O estudo destaca que essa atuação hoje se mostra complexa, em razão da grande abertura e mobilidade do sistema jurídico, garantida por diversos fatores, dentre eles pela presença de cláusulas gerais de conteúdo aberto e fluído no ordenamento. A presença de cláusulas gerais permite ao magistrado a construção de uma solução para o caso concreto que absorva todo esse conteúdo principiológico. A partir da constatação da relevância do ativismo judicial, o trabalho propõe-se a analisar se esse fenômeno pode contribuir para as metas de sustentabilidade propostas pelo Estado. Verificando a existência de diversas nuances da sustentabilidade, procurar-se-á demonstrar que a sustentabilidade não se encerra em um conteúdo destituído de normatividade, ao contrário, pode ser compreendida como um princípio geral e sistêmico, orientador das decisões judiciais. Em termos metodológicos utilizaram-se os métodos bibliográfico e documental. Conclui-se defendendo que a atuação do juiz hoje deve ser politizada e conectada à satisfação dos objetivos de um Estado comprometido com a implementação do princípio da sustentabilidade.

Palavras-chave: ativismo judicial; amianto; poder judiciário; sustentabilidade; meio ambiente.

RESUMEN: El trabajo examina el desempeño del Poder Judicial, más precisamente el fenómeno del activismo judicial en el contexto del Estado Democrático de Derecho, abordando la importancia de la actuación del juez en la implementación de los principios constitucionales. El estudio destaca que esta acción hoy parece compleja, debido a la gran apertura y movilidad del ordenamiento jurídico, garantizada por varios factores, entre ellos la presencia de cláusulas generales con contenido abierto y fluido en el ordenamiento jurídico. La presencia de cláusulas generales permite al juez construir una solución para el caso específico que absorba todo este contenido principal. A partir del reconocimiento de la relevancia del activismo judicial, el trabajo se propone analizar si este fenómeno puede contribuir a las metas de sostenibilidad propuestas por el Estado. Verificando la existencia de diferentes matices de sostenibilidad, buscaremos demostrar que la sostenibilidad no se queda en un contenido carente de normatividad, por el contrario, puede entenderse como un principio general y sistémico, que orienta las decisiones judiciales. Desde el punto de vista metodológico, se han utilizado métodos bibliográficos y documentales. Se concluye que la actuación del juez hoy debe politizarse y vincularse a la satisfacción de los objetivos de un Estado comprometido con la implementación del principio de sostenibilidad.

Palabras clave: activismo judicial; amianto; poder judicial; sostenibilidad; medio ambiente.

¹ Pós doutora pela Unesp (bolsista Capes). Doutora em Direito Privado pela PUC Minas. Professora na PUC Minas.

² Doutor em Direito Privado pela PUC Minas. Professor adjunto da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Professor Permanente no Programa de Mestrado Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT) na PUC Minas.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial emergiu como uma resposta dinâmica do Poder Judiciário para interpretar e aplicar os princípios fundamentais da Constituição em um contexto de rápidas mudanças sociais e ambientais. Este estudo propõe-se a examinar como o processo constitucional, em especial as ações de controle de constitucionalidade podem revelar o ativismo judicial de forma a moldar a promoção da sustentabilidade a garantia do direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

Essa visão contemporânea da atuação do Poder Judiciário envolve uma abordagem proativa por parte dos juízes e tribunais na defesa dos direitos fundamentais e na garantia da ordem constitucional. Na pós-modernidade, o paradigma positivista que restringia o papel do juiz à mera aplicação da lei cedeu lugar a uma visão mais ampla e responsiva do Direito. Os juízes são agora vistos como agentes ativos na construção de uma sociedade mais justa e sustentável, integrando princípios constitucionais com as demandas emergentes da sociedade civil e das questões ambientais.

A sustentabilidade transcende a simples gestão ambiental; representa um compromisso com a conservação dos recursos naturais e a promoção do desenvolvimento econômico e social de maneira equilibrada e duradoura. Este princípio implica em adotar práticas que não comprometam as necessidades das futuras gerações, garantindo um legado ambiental saudável e viável para o futuro.

No contexto brasileiro, o Judiciário desempenha um papel crucial ao interpretar e aplicar princípios constitucionais que promovem a sustentabilidade. Isso envolve não apenas resolver conflitos individuais, mas também estabelecer precedentes que orientam políticas públicas e práticas empresariais em consonância com as exigências ambientais e sociais do país.

A sustentabilidade, segundo a concepção que se apresentará, refere-se à busca do equilíbrio em qualquer esfera do desenvolvimento, seja ele econômico, político ou social. Assim, passa a ser vista como uma preocupação para com as gerações futuras, no sentido de que se relaciona intimamente com a forma de desenvolvimento da sociedade e seus impactos no entorno. Parte-se, portanto, da noção de que o desenvolvimento sustentável é aquele que pretende atender às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de gerações futuras.

Procurar-se-á constatar que o Estado Democrático de Direito não mais permite uma postura desidiosa e passiva do Judiciário, sendo que o juiz deve concretizar o significado dos princípios e, por conseguinte, do conteúdo da sustentabilidade, buscando dar-lhe densidade real e concreta. O juiz, atento às demandas no mundo contemporâneo, não deve, ao julgar o caso, apenas aplicar o comando da lei, mas, sim, avaliar e sopesar os impactos de sua decisão na sociedade.

Defender-se-á que a sustentabilidade não pode ser concebida como mera opção. Ao contrário, deve ser adotada como orientação necessária e irrefutável para a conservação de mais capital natural para futuras gerações e, portanto, todos os mecanismos para sua implementação devem ser utilizados. Ao se posicionar de maneira ativa e informada, os tribunais podem influenciar significativamente a agenda pública e privada, promovendo um desenvolvimento sustentável que respeite os limites do planeta e assegure um futuro próspero para todos. O compromisso com a sustentabilidade não é apenas uma escolha ética, mas um comando constitucional que demanda ação imediata e deliberada por parte de todos os poderes do Estado.

Assim, o problema deste estudo consiste em buscar resolver o paradoxo jurídico estabelecido entre a espera pela alteração legislativa que acompanhe os influxos sociais e científicos e a atuação ativa do Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, se por um lado estabelece-se o processo legislativo como meio natural de atualização legislativa a prestigiar a função precípua do Poder Legislativo, por outro, ante sua inércia ou morosidade, faz-se necessário que o Poder Judiciário zele pela saúde, pelo meio ambiente e pela sustentabilidade. Afinal, o que teria maior valoração jurídica: a observância da espera do processo de construção da norma pelo Poder Legislativo a seu tempo ou uma atuação dinâmica e cuidadosa do STF?

O artigo se pauta pela metodologia hipotética dedutiva, com técnica de pesquisa legislativa, jurisprudencial e bibliográfica. O objetivo é instar o leitor a uma reflexão sobre a relevância do papel do Excelso Pretório como guardião maior dos princípios e valores constitucionais a partir da análise de sua atuação nas ações de controle de constitucionalidade, considerando a inexorável necessidade de se salvaguardar um meio ambiente equilibrado, o direito fundamental à saúde e a sustentabilidade.

Assim, o que se pesquisa é que, no atual estágio de evolução da humanidade, há pressa em se garantir metas sustentáveis e que garantam a sobrevivência no planeta para as gerações futuras.

2 O CASO DO AMIANTO CRISOTILA

O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 3.937/SP e n. 4.066/DF trouxe um novo entendimento da Corte Constitucional brasileira que antes arrimava a possibilidade de uso controlado do amianto crisotila. O novo parâmetro albergado pelo STF afasta qualquer possibilidade de utilização do crisotila, considerando o avanço do conhecimento técnico-científico sobre o tema. Buscou-se a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95 ante a possível ofensa ao direito à saúde e ao meio ambiente.

A controvérsia girava em torno da Lei federal 9.055/1995, que originalmente permitia a extração, industrialização, comercialização e distribuição do amianto crisotila no Brasil. A escolha do legislador federal pelo uso controlado do asbesto permitia o uso dessa substância sob certas condições e regulamentações específicos.

A legislação federal foi construída considerando-se os interesses econômicos relacionados à indústria do asbesto, que certamente seria afetada por sua proibição total. Assim, com comumente ocorre, a lei foi elaborada com o objetivo de regular o uso do asbesto de forma a permitir sua utilização em setores específicos da economia, a fim de atender a interesses econômicos e empresariais.¹

O Supremo Tribunal Federal considerou que essa lei federal se tornou inconstitucional devido à evolução científica e ao consenso crescente sobre os riscos à saúde associados ao amianto crisotila, que é conhecido por ser altamente cancerígeno. Vale registrar que o STF anteriormente já havia se manifestado sobre a utilização do crisotila, em 2003, nas ADIs n.2656 (Relator Ministro Maurício Correia) e n.2396 (Relatora Ministra Ellen Gracie). Em 2003, o STF declarou a inconstitucionalidade de leis dos Estados de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, que proibiam a comercialização de produtos que continham amianto, firmados no entendimento de que as leis estaduais ofendiam os dispositivos que determinavam a competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior, minas e recursos

1 MARTIN-CHENUT, K.; SALDANHA, J. O caso do amianto: os limites das soluções locais para um problema de saúde global. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, maio/ago. 2016, p. 142-143.

minerais (art. 22, VIII e XII) e para editar normas gerais sobre produção e consumo (art. 24, V), proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). Na declaração da inconstitucionalidade das referidas legislações estaduais foi destacado que ambas eram contrárias ao que dispunha a Lei Federal n. 9.055/1995, a qual é a norma federal geral que disciplina a produção e consumo do amianto.

A ministra Rosa Weber, relatora de várias das ADIs relacionadas ao tema, destacou o consenso científico sobre os danos à saúde causados pela exposição ao amianto. Argumentou que a proteção à saúde e ao meio ambiente previstos na Constituição brasileira não poderiam mais ser compatibilizados com a manutenção do uso do amianto crisotila.

Em 2017, a Organização Mundial da Saúde (OMS) alertou que todos os tipos de amianto são causadores de câncer de pulmão, mesotelioma, câncer de laringe e ovário, além de fibrose pulmonar. Hermano Castro, diretor da Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ), corroborou essas informações em entrevista ao Centro Colaborador em Vigilância Sanitária (CECOVI-SA) da ENSP/FIOCRUZ.²

O julgamento foi um marco na jurisprudência brasileira, alinhando-se aos princípios dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, especialmente os objetivos 12, 13, 14 e 15, que tratam respectivamente de consumo e produção responsáveis, ação contra a mudança global do clima, conservação da vida marinha e terrestre. Esses objetivos refletem o compromisso global com práticas sustentáveis e a proteção do meio ambiente.

A decisão do STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 3.937/SP e n. 4.066/DF representa um avanço significativo na proteção dos direitos ambientais e na promoção de práticas industriais mais seguras e sustentáveis no Brasil, contribuindo para um ambiente mais saudável e seguro para a população e para a preservação dos ecossistemas naturais. Reflete uma interpretação robusta e segura da Constituição Federal, que prioriza a proteção à saúde e ao meio ambiente, alinhada aos princípios do desenvolvimento sustentável. Ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei federal, o tribunal estabelece um precedente importante, vinculando não apenas as partes envolvidas no caso específico, mas todas as instâncias inferiores e futuros casos similares que envolvam a mesma questão jurídica.

Essa abordagem reforça o papel do STF como guardião da Constituição e como catalisador de mudanças legislativas necessárias para a proteção dos direitos fundamentais e para o avanço da justiça social e ambiental no país. Além disso, demonstra a capacidade do Judiciário de adaptar-se e responder eficazmente aos desafios contemporâneos, garantindo que as decisões judiciais tenham impacto significativo na sociedade e na política pública.

Portanto, nunca é demais repetir: a criação da declaração incidental com efeito vinculante pelo STF no contexto da proibição do amianto representa um avanço importante no sistema jurídico brasileiro, fortalecendo o Estado de Direito Ambiental e promovendo uma maior segurança jurídica e ambiental para todos os cidadãos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade da lei federal que permitia o uso do amianto crisotila, sem a necessidade de uma resolução do Senado para suspender sua execução, representa uma inovação significativa no sistema jurídico brasileiro.

2 [...] As principais doenças relacionadas ao amianto são a asbestose, um tipo de fibrose pulmonar, irreversível e sem tratamento específico; os acometimentos pleurais: placas, calcificações, espessamento e derrame pleural; câncer de pulmão, mesotelioma e alterações funcionais respiratórias. (FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. Entrevista com Hermano Castro. [Rio de Janeiro]: ENSP/FIOCRUZ, 2017. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pt-br/content/entrevista-hermano-castro-comenta-o-banimento--do-amianto-no-brasil>. Acesso em: 6 maio 2024).

De acordo com o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal brasileira, é atribuição privativa do Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF. Esse dispositivo constitucional estabelece um procedimento específico que envolve a aprovação de uma resolução pelo Senado para efetivar a decisão do Supremo.

No entanto, ao julgar constitucionais as leis estaduais que proíbem o uso do amianto em todas as suas formas, o STF incidentalmente declarou a inconstitucionalidade da lei federal que permitia o uso do amianto crisotila. Essa decisão teve efeito vinculante imediato, sem a necessidade de aguardar a aprovação de uma resolução pelo Senado para suspender a execução da lei federal.

Há algum tempo, Streck tem apontado que as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário aos jurisdicionados têm sido mais rápidas e eficazes em comparação aos demais poderes constituídos.³

3 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial refere-se à postura mais proativa dos tribunais na interpretação e aplicação da Constituição, muitas vezes extrapolando o tradicional papel de apenas aplicar a lei para também moldar políticas públicas e direitos fundamentais. No caso do amianto, o STF não se limitou a invalidar uma norma considerada contrária à Constituição, mas também estabeleceu um novo procedimento jurídico ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei federal, sem aguardar uma ação específica do Senado para suspender sua vigência.

Essa abordagem reflete uma interpretação robusta e assertiva da Constituição pelo STF, buscando assegurar a proteção da saúde pública e do meio ambiente de forma imediata e efetiva. Ao agir dessa maneira, o Tribunal assume um papel ativo na defesa de princípios constitucionais fundamentais, como o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, a decisão do STF no caso do amianto não apenas resolve uma questão específica sobre a legalidade de determinada lei, mas também ilustra como o ativismo judicial pode ser uma ferramenta importante para promover mudanças sociais significativas, garantindo a efetividade dos direitos constitucionais em face de desafios contemporâneos e emergentes.

A fim de atingir as metas propostas pelo Estado, torna-se fundamental a tarefa do julgador de contribuir para a construção de uma sociedade voltada à satisfação dos princípios e objetivos previstos no ordenamento constitucional. Essa visão pretende romper com o hermetismo técnico-jurídico da mera subsunção do caso concreto às regras legais e a compreender o fenômeno jurídico como fenômeno social importante que deve servir como instrumento, ou um meio (não um fim), para a realização dos próprios valores perseguidos pelo Estado.

Tem-se denominado ativismo judicial a participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, mais especialmente de metas ambientais e de sustentabilidade, por meio da atuação que, de certa forma, demonstra uma maior interferência no espaço dos demais Poderes.

3 STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 56.

Esse instituto, segundo Barroso, associa-se à postura ativista do juiz, que se manifesta por meio de condutas diversas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴

A atuação do Poder Judiciário ganha, dessa forma, um relevo que passa a ser compreendido como necessário ao processo de implementação das políticas públicas e dos valores e princípios pretendidos pela Constituição da República de 1988.

Relaciona Barroso⁵ que o oposto do ativismo é a denominada autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Partindo dessas noções preliminares, parece claro que, até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Poder Judiciário no país.

Em princípio, o ativismo judicial pretende extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções para o caso concreto que se coadunem com a principiologia a ser implementada pelo Estado Democrático de Direito.

A autocontenção parece ensejar a ideia de que, ao limitar a atuação dos juízes, restringe a própria aplicação imediata e direta da Constituição, já que, no silêncio da lei para a solução do caso, demandaria o aguardo do pronunciamento do legislador.

É inegável que a lógica e o perfil do sistema foram invertidos. De um sistema fechado, no qual se identificava o dogma do Direito-Lei, passa-se a um sistema aberto, de autorreferência relativa, que reclama novas soluções, uma nova hermenêutica e desafia o intérprete.

Essa noção de incompletude do sistema revela que não se deve esperar do Poder Legislativo a solução para todas as situações concretas enfrentadas pela sociedade. Ao contrário, talvez seja o momento de admitir que o Poder Judiciário tem papel decisivo na implementação de um Estado comprometido com as metas constitucionais. Isso denota também que, ao acompanhar o caso concreto, o magistrado está mais próximo dos dilemas e dos problemas sociais e, portanto, mais apto a concretizar as escolhas constitucionais de modo a coaduná-las com os interesses das partes.

4 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009, p. 75.

5 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009, p. 76. Segundo o autor, o ativismo teve origem na jurisprudência norte-americana, mas, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

3 A COMPATIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A alteração de paradigmas, necessária para o desenvolvimento da ciência jurídica, pode ser sentida de modo bastante contundente na própria finalidade do Estado Contemporâneo. O sistema jurídico, que marcava o liberalismo, consagrava como vértice a proteção a metas individuais de aquisição e acumulação de bens, resguardadas pelas leis civilistas de proteção à propriedade e ao contrato.

Mas, além das alterações políticas e sociais que culminaram com o fim do modelo clássico, as incansáveis e prejudiciais interferências do homem no planeta trouxeram mudanças significativas ao meio ambiente, levando o Estado a repensar os seus próprios fins. Adverte Canotilho que o Estado passa a assumir o dever de defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento territorial⁶. Tais tarefas, prossegue o autor, enquadradas em ordenamentos jurídicos de vários países como princípios fundamentais, transformam o Estado de direito em Estado democrático-ambiental, ao admitir o direito ao ambiente como seu fim.⁷

A teoria clássica da separação de poderes foi concebida para atribuir existência e limites a cada órgão do Estado, na medida em que no contexto absolutista da época era necessária uma oposição à autoridade centralizada e arbitrária. O cerne da construção dessa teoria baseia-se na separação das funções políticas e do direito, o que culminou, de certa forma, na neutralização da política no exercício da atividade jurisdicional. A divisão do poder do Estado em duas funções principais – criação e aplicação do direito – correspondia à ideia da inibição recíproca, a fim de se coibir o exercício do poder de forma ilimitada e absoluta. Impedia-se, assim, a superposição de um em relação aos outros.

Neste contexto, o Poder Judiciário orientava suas ações observando o princípio da estrita legalidade, o que transformou a aplicação do direito em subsunção racional-formal dos fatos às normas, divorciada de quaisquer referências políticas ou valorativas. Essa postura ideológica de total vinculação do juiz aos ditames legais, não considerava os ideais de justiça substancial e do próprio direito, gerando a errônea impressão de que o magistrado não podia ser politizado, sob pena de afastar-se dos postulados da época.⁸ O Poder Judiciário tornou-se introspectivo e retroativo, já que se destinava tão somente a garantir aplicação da lei de modo a reconstituir determinadas situações que não se coadunavam com as normas pré-estabelecidas.

A ideia de que a prestação jurisdicional deveria corresponder aos ditames já consagrados pelo ordenamento legal eleva o princípio da segurança jurídica, como dogma, de forma a não admitir soluções para o caso concreto que não estivessem na lei. A atuação dos magistrados era confinada aos limites do litígio interindividual, assinalando a ideologia individualista que marcou o início da era moderna.

O distanciamento entre a prestação jurisdicional e as novas demandas e expectativas sociais refletia a ausência de oxigenação do sistema jurídico, que arraigado pelo ideal

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 13.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.81 e 93.

8 PODESTÁ, Fábio Henrique. A ideologia das decisões judiciais em matéria de contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A outra face do judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 163.

positivista refletia, ao reproduzir fielmente o direito positivo, uma distorção entre a realidade e a decisão proferida.

As insuficiências desse modelo logo surgiram com a perda da certeza de que todas as respostas às demandas estariam na lei. Passa-se a compreender a ciência do direito enquanto ciência de compreensão hermenêutica⁹, abandonando-se o paradigma dogmático. Nesse sentido, Souza afirma que para regular a contingência e diversidade do sistema social, faz-se necessário transcender os meros limites da dedução, reconhecendo que as normas haverão de ceder espaço aos princípios, mais flexíveis, rompendo a clausura imposta pela era da codificação.¹⁰ A dogmática jurídica há de ser vista como ciência interpretativa de caráter funcional, na medida em que o juiz passa a operar pautado em valores¹¹ e princípios, voltados à concretização de determinados fins considerados socialmente relevantes.

A higidez do sistema jurídico e sua contínua evolução dependem da abertura do sistema jurídico. A ciência do Direito, como toda ciência, depende de mobilidade que se perfaz por constantes rupturas de paradigmas e pela aceitação de novas ideologias.

O Estado Democrático de Direito requer um abandono da postura distante do Poder Judiciário, reclamando uma postura ativa e participativa na concretização das políticas sociais e dos objetivos da República. A atuação do juiz passa a ser fundamental na sedimentação de uma pauta de princípios e valores que se orientam para a construção de um Estado voltado a metas de implementação de crescimento sustentável.

Atribuir a implementação dessas metas apenas aos demais poderes é sujeitar-se à instabilidade temporal típica do momento político, ao conflito de interesses e à malversação tão inerente ao Poder Legislativo, o que torna de extrema importância a função judicial como voz ativa na criação do Direito.¹²

O papel de juiz é vital para que se confira efetividade à carta de princípios do Estado Democrático, compatibilizando, no caso concreto, os direitos individuais e os fins do Estado, apregoando não apenas o solidarismo, mas propiciando o desenvolvimento sustentável de quaisquer políticas públicas. Assim, perfeitamente lícita e eficaz será a intervenção do Judiciário como forma de conferir o necessário equilíbrio das relações privadas às metas de sustentabilidade. Adverte-se:

Não no sentido pejorativo do juiz criar o Direito, de decisão extralegal de ditadura do Poder Judiciário ou qualquer outro epíteto semelhante que se queira atribuir, nem no sentido da utilização exclusiva da jurisprudência como fonte de direito, mas no sentido do juiz vivificar no caso concreto, a norma abstrata e estática posta pela lei.¹³

A adoção da principiologia constitucional pressupõe a repolitização do Poder Judiciário e do Direito, a preocupação com o conteúdo abstrato das normas, a aceitação do pluralismo jurídico e a legitimação das decisões fundamentadas não apenas na lei.¹⁴

9 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

10 SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel das ideologias no preenchimento das lacunas de direito*. São Paulo: RT, 1993, p. 112.

11 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 312.

12 DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: RT, 1987, p. 48.

13 PODESTÁ, Fábio Henrique. A ideologia das decisões judiciais em matéria de contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A outra face do judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 168.

14 AMARAL, Francisco. Transformações dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. *O Direito*, Lisboa, ano 129, v. I, n. II, 1997, p. 44-45.

Certo é que a solução dada a cada caso não poderá contrariar frontalmente o sistema vigente. Há limites à argumentação, limites esses que são pautados pelos direitos fundamentais.¹⁵ A atividade do magistrado deve ser cautelosa e responsável, sob pena de desencadear um governo dos juízes, ou implementar juízes legisladores.¹⁶

O espaço normativo da interpretação jurídica pressupõe a legitimação da norma criada. Assim, na lição de Leal, a decisão, na democracia juridicamente institucionalizada, não pode preterir os direitos fundamentais, que funcionam como verdadeiros limites à atividade interpretativa e não apenas elementos constitucionais de construção hermenêutica.¹⁷ Para tanto, prossegue o autor, faz-se necessária a transição da concepção do Estado como entidade, para a concepção de Estado como espaço processualmente demarcado à discursividade: produção, recriação e aplicação dos direitos positivados.

Em um sistema aberto-problemático, a construção da norma será a partir da interpretação do sistema jurídico, de seus princípios, valores e regras, e sua consequente aplicação à realidade fático-jurídica.¹⁸ A legitimidade do processo jurisdicional “criativo” se dará na construção argumentativa da aplicação dos princípios. A norma é o sentido que se pode encontrar em um costume ou em um texto normativo, atribuído por meio da argumentação jurídica, que não se revela pela discricionariedade do juiz no julgamento do caso concreto, mas pressupõe a existência de uma comunidade (jurídica) linguisticamente estruturada, o que significa que este sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização.¹⁹

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito devem ser vistos como princípios normativos, “meios lógico-jurídicos positivados no instrumento constitucional”,²⁰ que não podem ser preteridos na atividade jurisdicional, mas que a atividade do juiz não deve refletir apenas valores ou “ideário de artifícios para decisões prodigiosas”.²¹ A intervenção estatal não pode ser justificada apenas pelo controle estatal, a intervenção pode e deve ser promocional.

A interpretação da norma de forma a aproximar-se do princípio por ela fixado não é opção, mas pressuposto de legitimidade da solução jurídica. Assim, o princípio da funcionalidade do direito subjetivo é o elemento legitimador da própria regra, de forma que o que vem explícito no princípio vem implícito na regra. Assim, o princípio deve ser observado pelo jurista, pelo juiz e pelo legislador.²²

A implementação de metas de sustentabilidade se dará, no caso concreto, na vinculação do sistema jurídico a partir do problema,²³ considerando-se que sempre haverá uma pluralidade de soluções para o litígio. Não se pode olvidar que os efeitos jurídicos produzidos pela decisão terão direto impacto na realidade fática. Nesse quadro, não é satisfatório ou suficiente que a decisão seja coerente apenas no âmbito do sistema jurídico, deve ser adequada em relação às consequências produzidas, ou que irá produzir, no mundo real.²⁴

15 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 148-149.

16 CAPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Ávaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 15.

17 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 152.

18 SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

19 GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n. 143, jul./set. 1999, p. 208.

20 LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 6, 2003, p. 47.

21 LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 6, 2003, p. 47.

22 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 253.

23 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 99.

24 FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 55.

O paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe que o Judiciário retrabalhe construtivamente os princípios e regras do sistema para que possa satisfazer, cumulativamente, a exigência de reforçar a crença na legalidade entendida como segurança jurídica e o sentimento de justiça realizada, que se dará pela adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.²⁵

A intensidade dos problemas planetários na contemporaneidade requer respostas rápidas e adequadas. Há que se construir uma perspectiva de conformação do direito ajustado às demandas desses novos tempos. Não basta apenas concebê-lo como instrumento de pacificação dos conflitos, como sistema ou ordenamento de normas jurídicas estáticas que objetivam assegurar direitos e exigir o cumprimento dos deveres. Deve-se pensá-lo como um processo sociocultural de promoção, regulação e garantia das conquistas já obtidas também para as próximas gerações.

4 SUSTENTABILIDADE: NOÇÕES GERAIS

Todas as ciências são constantemente desafiadas por novas situações que levam a quebra dos paradigmas, marcando o violento choque entre teorias e ideais. Dessas discussões, teorias consagradas cedem lugar a ideias nunca concebidas e à busca de novos ideais. Assim é a ciência jurídica, principalmente na pós-modernidade, fase marcada pela renovação, desconstrução e conseqüente reconstrução de paradigmas.

A relevância das questões ambientais atualmente é de ordem tal que não poderia deixar indiferentes o Estado e o Direito. Conseqüentemente, de forma paralela à juridicidade, à democracia, à socialidade, à eticidade, a sustentabilidade ambiental surge como uma das metas dos Estados Democráticos de Direito. Todavia, a sustentabilidade é tema bastante amplo que não se encerra apenas em uma visão ambiental. Ao contrário, permeia toda a atividade humana.

A sustentabilidade pode ser compreendida como a busca do equilíbrio em qualquer esfera do desenvolvimento, seja ele econômico, político ou social. Engles deixa clara a correlação entre o aprimoramento da capacidade humana para transformar a natureza e o desenvolvimento de relações sociais mais complexas.²⁶ A lógica humana, segundo se extrai do pensamento desse autor, parece sempre a mesma: utilizar os recursos naturais de maneira que melhor possa gerar benefícios materiais imediatos, a quem os explorasse, sem qualquer preocupação com os efeitos das ações humanas sobre o entorno.

O desenvolvimento das teorias e sistemas econômicos deu maior impulso a essa atitude e o capitalismo, ao apregoar a circulação e acumulação de riquezas, acelerou o processo de ocupação territorial. O crescimento populacional e as novas demandas consumistas levaram à contratação em massa e, conseqüentemente, a utilização e o emprego dos recursos naturais se elevaram significativamente trazendo impactos sem precedentes para o meio ambiente.²⁷

A humanidade, dessa maneira, foi criando uma redoma de conveniências e comodidades, subjugando o ambiente natural e, ao mesmo tempo, tentando empurrá-lo a uma distância segura, como se de fato pudesse dele se desvincular ou distanciar. Assim, o

25 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3. 1999, p. 473-486.

26 ENGLER, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução Ruth M. São Paulo: Klaus Centauro Editora, 2009.

27 HANSEN, Gilvan Luiz. A sociedade de consumo e o paradoxo da proteção ambiental. In: FLORES, Nilton Cesar (org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. São Paulo: Editora Millennium, 2012.

desenvolvimento do arado e a domesticação de animais levou o homem do nomadismo às primeiras experiências espaciais territoriais. Depois, o incremento das técnicas de agricultura, o aperfeiçoamento da tecnologia do maquinário e a larga utilização da energia aumentaram sobremaneira a produtividade e conduziram o homem à apropriação cada vez maior dos espaços, levando-o a lugares até então inacessíveis e confinando espécies de animais e plantas a territórios determinados e restritos.

Talvez, a Conferência de Estocolmo de 1972 tenha sido um marco do despertar oficial para as necessidades de um planeta devastado pela exploração desmedida. A voracidade do crescimento descontrolado e a estupidez humana parecem ter colocado a própria existência em risco. Diante de um quadro de degradação do meio ambiente natural, o caos perpetrado pela humanidade na ocupação dos espaços acabou por engendrar um novo ideal, uma nova força que se converteria num verdadeiro mantra ambientalista: sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável²⁸.

A partir dessa noção, deve-se buscar conciliar as necessidades atuais do homem – e sua habilidade na exploração dos recursos naturais – com as necessidades das gerações futuras, o que se entende por responsabilidade intergeracional²⁹. Tal tarefa revela-se, na prática, extremamente complexa, ainda que aparentemente lógica e irrefutável.³⁰ Nesse contexto, todos os atores sociais precisam se envolver conscientemente de modo a cooperar para a implementação de políticas de sustentabilidade.

Sustentabilidade é expressão polissêmica que tanto pode ser compreendida por meio de um conceito ecológico, a qual visa à capacidade de atender às necessidades de um grupo social no espaço que ocupa, bem como, um conceito político, na qual a sociedade estabelece formas de organizar-se, delimitando seu crescimento, tendo em vista a observância das condições dos recursos naturais, dos meios tecnológicos e do nível efetivo ao bem-estar social.

A noção de sustentabilidade, de certa forma, revela a expressão da crise cultural, civilizacional e espiritual que a humanidade atravessa. Capra já vislumbrava, nas últimas décadas do século XX, essa profunda crise mundial.³¹ Uma crise, segundo o autor, que afetaria todos os aspectos da vida humana – saúde, relações sociais, economia, tecnologia, direito e política. Uma crise de dimensões espirituais, intelectuais e morais, em tal escala que, pela primeira vez na história, a humanidade estaria sendo obrigada a se defrontar com a real ameaça de sua extinção e de toda a vida no planeta.

Na obra de Jonas, são encontrados caminhos para a formulação de uma ética da sustentabilidade fundada no princípio da responsabilidade.³² A responsabilidade, segundo o autor, está umbilicalmente ligada à sustentabilidade ao referir-se ao futuro longínquo da humanidade, estendendo-se até descendentes muito afastados no tempo, abarcando um futuro ilimitado. A responsabilidade para com as gerações vindouras não admite pausas, é contínua e perpétua.

28 Preocupação tão constante na atualidade que foi o foco da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a RIO+20, no mês de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

29 Segundo Brundtland, desenvolvimento sustentável é “aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de gerações futuras atenderem suas próprias necessidades” (BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso futuro comum*: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>. Acesso em: 8 maio 2024, p.46). Trata-se, basicamente, da igualdade intergeracional.

30 CHALIFOUR, Nathalie J. *Land use law for sustainable development*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007, p. 25.

31 CAPRA, Fritjof. *O Ponto de mutação*: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 19.

32 JONAS, Hans. *El principio de la responsabilidad*: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

5 SUSTENTABILIDADE E ATIVISMO JUDICIAL: A SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO SISTÊMICO ORIENTADOR DAS DECISÕES JUDICIAIS

Com a superação do positivismo, restou clara a insuficiência do modelo de sistema hermético. O dogma da completude³³ caiu por terra e passou-se a admitir que as normas jurídicas resguardam alguma abertura – as denominadas franjas – a qual, nos casos difíceis, poderia ser usada pelo magistrado para construir a norma compatível com essas situações complexas, o que denota, de forma inquestionável, o poder criativo do juiz.³⁴

A era pós-positivista³⁵ resgata a importância dos princípios, que reaparecem reivindicando uma qualidade normativa de certa forma inovadora.³⁶ De meras premissas que estampavam enunciados amplos, fluídos e insertos de valores esparsos, passam a ser tornar diretrizes normativas integrantes do sistema jurídico.

A diferença entre regras e princípios foi proposta por Dworkin.³⁷ O autor sustenta que princípios possuiriam uma dimensão de peso, sendo sua colisão resolvida segundo a importância de cada um deles no caso concreto. Já as regras, por sua vez, teriam estrutura lógica diferenciada dos princípios, sendo aplicadas caso estivessem presentes todos os seus pressupostos fáticos. Trata-se do que Dworkin intitula de “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, se houvesse conflito entre regras jurídicas, este seria resolvido no âmbito da validade.

Já Alexy propõe uma teoria mista de direitos fundamentais, sustentando que podem se caracterizar por meio de regras ou princípios, mas que a diferença entre as suas espécies normativas seria qualitativa.³⁸ Os princípios relevantes para as decisões que envolvem direitos fundamentais seriam aqueles que poderiam ser utilizados argumentativamente de forma substancial. Segundo o autor, princípios podem ser compreendidos como:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas.³⁹

Com a pós-modernidade, a tendência é pensar os princípios cada vez mais como constituintes lógicos que orientam os processos de comunicação e de argumentação. Consequentemente, cada vez mais os princípios são empregados como princípios racionais, e não causais, da realidade. Por isso mesmo a tendência está em se conceber que, no caso dos princípios práticos, eles decorrem de padrões de escolhas contextualizadas,

33 “[...] princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, uma solução sem recorrer à equidade [...]” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1999, p.19).

34 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 52.

35 Compreende-se esse período pela superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores (CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65).

36 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1-32, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf> Acesso em: 8 mai. 2024.

37 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 76.

38 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

39 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

geralmente determinadas pelo estágio moral da própria sociedade que se coloca a questão acerca dos princípios.⁴⁰

Diante desse panorama, a atividade jurisdicional passa ganhar maior relevo, já que o juiz não está mais subordinado a raciocínios dedutivos, à lógica dos silogismos, na resolução dos casos. Ao contrário, o magistrado passa a usufruir de maior liberdade para proferir suas decisões, que poderão ser fundamentadas nos princípios. Registre-se que os princípios, para terem validade, não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica. Não há uma enumeração taxativa, o que permite maior maleabilidade ao sistema jurídico que pode agregá-los a qualquer tempo, sinalizando um movimento jurídico de incorporação de valores e que procura refletir os anseios da sociedade. Segundo Freitas, o sistema jurídico contemporâneo consiste em:

[...] uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na lei maior.⁴¹

Deve-se compreender sustentabilidade como princípio geral e sistêmico, já que a ausência de previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a sustentabilidade não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e do diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico constitucional.⁴² Pontes de Miranda já afirmava:

Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem casas, e não com palavras. É das relações sociais que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo e a ineficácia daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda a aplicação tenderá para reduzir as leis aos princípios e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível. Todos os princípios têm conteúdo especial (ético, político, econômico, etc.), ou geral (social), e seria preciso modificar a substância social para modificar, ou para suprimi-los. É pela indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos.⁴³

Ademais, a sustentabilidade é decorrente do primado da dignidade humana que se irradia em diversos outros princípios como: da obrigatoriedade de proteção ambiental; da prevenção ou precaução; da ampla informação ambiental; da função social dos contratos e da propriedade; do poluidor-pagador; da compensação; da responsabilidade; da

40 GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n. 143, jul./set. 1999, p. 200.

41 FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69.

42 PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v.39, n.1, p.261-291, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916>. Acesso em: 8 maio 2024.

43 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 221-222.

solidariedade, da educação ambiental. Decorre, o princípio da sustentabilidade, ainda da combinação de outras normas (princípios e regras) inseridas na mesma carta constitucional, em tratados e convenções por ela recepcionados e, ademais, decorrentes legislações infraconstitucionais pertinentes.

A sustentabilidade encontra-se habitualmente associada a um conteúdo ambiental, mas como salientado no tópico anterior, essa é apenas uma caracterização primária, pois o meio ambiente é apenas um de seus alicerces fundamentais. A sustentabilidade pode ser compreendida como um comando constitucional abrangente, a orientar as demais normas jurídicas e as decisões judiciais:

Partindo da Constituição Federal e irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, a sustentabilidade como princípio constitucional possui uma estruturação fundamentalmente interdisciplinar e transdisciplinar [...]. Compreender a sustentabilidade como um princípio constitucional não somente ambiental, mas também como princípio constitucional interdisciplinar, social, empresarial, administrativo e econômico, constitui uma importante tarefa da dogmática jurídica contemporânea, em busca da efetividade das idéias que gravitam no entorno da solidariedade e da dignidade como balizas do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, busca-se evidenciar a sustentabilidade em seu caráter sistêmico-constitucional, o que implica uma compreensão interdisciplinar desse princípio basilar não somente no viés ambiental, mas também na perspectiva econômico-empresarial e social, numa visão que se quer integrada e integrativa desses âmbitos, quando alçados ao plano constitucional.⁴⁵

Ao se compreender sustentabilidade como princípio, sua importância se evidencia no ordenamento jurídico, o que justificaria o embasamento e fundamentação de decisões do Poder Judiciário a fim de dar efetividade ao texto constitucional. Manifesta-se a sustentabilidade como base fundamental dos direitos, sendo eles constitucionais e organizacionais, além de guardar estreita relação tutelar com o direito ao meio ambiente e ao primado da preservação dos bens naturais que possibilitam a sobrevivência digna e equilibrada dos seres humanos.⁴⁶

O princípio da sustentabilidade ambiental é corolário do princípio do não-retrocesso na seara ambiental. Ora, a sustentabilidade só é possível se guiada por ações permanentes e responsáveis, seja do Estado, seja dos particulares. Nessa ordem de ideias, a participação do juiz é fundamental ao atribuir, a cada caso concreto, a possibilidade de efetivação dos ideais sustentáveis. Busca-se um novo horizonte hermenêutico,⁴⁷ que exige do juiz uma participação efetiva na construção de decisões comprometidas com o crescimento sustentável.

Ao tratar do meio ambiente, por exemplo, deve-se pensar que não apenas as leis ambientais têm a função de garantir a sustentabilidade ambiental. A necessária proteção ao meio ambiente exige atuação mais direta e eficaz, que pode se dar a partir da construção de uma decisão que exalte o caráter de sustentabilidade a ser observado em todas as relações

45 PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 39, n. 1, 2011, p. 263. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadit/article/view/18499/9916>. Acesso em: 8 maio 2024. 43 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 221-222.

46 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

47 CALDEIRA, Ana Paula Canozo. A interconexão entre o direito e o meio ambiente sob a ótica da hermenêutica. In: FLORES, Nilton Cesar Flores (org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. São Paulo: Editora Millennium, 2012.

jurídicas. “La participation et l’information du public permet de garantir un niveau de protection sui sant grâce à un contrôle citoyen permanent”.⁴⁸

A reflexão de Ricouer denota a insuficiência da resposta dogmática clássica e a crise no direito contemporâneo que demanda a busca de novas respostas e decisões fora do âmbito restrito de aplicação da lei.⁴⁹ Trata-se da construção de uma concepção ética e solidarista que se caracteriza pela subsistência de duas responsabilidades não excludentes ligadas a sustentabilidade: a responsabilidade do bem – que obriga a preservação – e a responsabilidade do melhor – que determina o progresso e o aperfeiçoamento qualitativo da vida humana.

A Constituição da República de 1988 é esclarecedora e não deixa margens para dúvidas: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus “objetivos fundamentais”, o “desenvolvimento nacional” (artigo 3º, II), Ademais, dispõe o artigo 225 da CR/88:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁵⁰

Ao abraçar o “progresso da humanidade” na forma de conceito informador de seu sistema, o texto constitucional demonstra uma aspiração constitucionalizada de melhoria universal: progresso planetário que inclui seres humanos e todas as bases da vida na terra. A sobrevivência atual e futura da humanidade depende dessa prosperidade. A prosperidade imaterial coaduna-se com o conteúdo da sustentabilidade que tem caráter etéreo e impalpável, mas de indiscutível realidade.⁵¹

No paradigma liberal, o isolamento político e social do Judiciário reduziu a sua atuação e a aferição de sua legitimidade se dava *a priori*. No entanto, a atividade judicial na contemporaneidade revela que sua legitimidade é identificada com base na adequação da conduta judicial aos princípios constitucionais. Este pensamento indica que para resolver o caso de forma adequada, há que considerar-se não apenas a regra positiva, mas os princípios jurídicos que devem ser aplicados:

[...] nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por essas circunstâncias. Antes, eles funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos próprios princípios jurídicos, que transferem correção a esses processos.⁵²

O Estado Democrático de Direito não aceita mais a postura desidiosa e passiva do Judiciário. O juiz deve concretizar o significado das declarações constitucionais e, nesse sentido, não pode executar uma função apenas jurídica, técnica e secundária, mas, ao

48 PRIEUR, Michel. De l’urgente nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de l’environnement *In*: OLIVEIRA, Carina Costa; SAMPAIO, Romulo Silveira R. (Org.). *A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados*. Rio de Janeiro: FGV, Direito Rio, 2011, p. 255. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10353/A%20Economia%20Verde%20no%20Contexto%20do%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 mai. 2024.

49 RICOUER, Paul. *Le juste*. Paris: Éditions du Seui, 1991, p. 43.

50 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

51 BENJAMIN, Antônio Herman. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. *In*: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 7, 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IMESP, 2004, p. 11.

52 GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n. 143, jul./set. 1999, p. 201.

contrário, há de comprometer-se a desempenhar um papel ativo. É chamado a contribuir para a efetivação dos princípios constitucionais buscando dar-lhes densidade real e concreta. O magistrado, atento às demandas no mundo contemporâneo, deve, ao julgar o caso, não apenas aplicar o comando da lei, mas avaliar as repercussões sociais, políticas, econômicas, ambientais e outras que a decisão irá surtir.

É o exercício ativo da atividade jurisdicional, não apenas conformando suas decisões com as regras legais, mas buscando soluções que se coadunem com os valores condutores do Estado Democrático de Direito. Na verdade, as atividades política e judicial estão intimamente ligadas no Estado de direito. Nesse sentido:

Otro aspecto de la politización del juez está en el hecho de que las constituciones modernas contemplan normas de contenido poroso, a ser complementado por la *práxis*. De cualquier forma, “esa politización del juez, que es innegable dentro del Estado Constitucional de Derecho, concebido como fuente y límite del derecho, no puede, sin embargo, llegar al extremo de permitirle la sustitución de la racionalidad jurídica por la racionalidad política. Ese es hoy un problema que ronda la legitimación democrática de la jurisdicción [...]”.⁵³

A sustentabilidade pode ser compreendida como uma proposta que pretende a implementação de um desenvolvimento ético e solidário, e não apenas visando um horizonte de desenvolvimento técnico dissociado da implementação dos primados constitucionais. Nesse sentido, o Poder Judiciário não pode se manter silente e distante, já que a participação do juiz é fundamental para dar efetividade a metas de sustentabilidade. As decisões judiciais podem ser instrumentos de implementação de práticas sustentáveis por meio, por exemplo, da revisão dos contratos que não atentam para o desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade assume a condição de um dos mecanismos para a afirmação efetiva de um direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta.

Admitir a sustentabilidade como princípio implica incorporar de modo definitivo ao horizonte da intervenção transformadora do homem (mundo das necessidades atuais) o compromisso com a perenização da vida. Propõe-se a adoção da sustentabilidade como norteadora de todo o agir humano de forma a transformar suas ações em resultados sólidos e efetivos para garantir o seu verdadeiro objetivo.

A sustentabilidade não pode ser concebida como mera opção, há de ser adotada como orientação necessária e irrefutável a fim de se conservar mais capital natural para futuras gerações e, portanto, todos os mecanismos de sua implementação devem ser envidados, concentrando todas as esferas do Poder para a assunção dessa meta.

Faz-se necessário um giro na perspectiva de compreensão do mundo pelo ser humano. As relações privadas contemporâneas não podem ser compreendidas apenas como palco de satisfação de necessidades e desejos imediatos das partes, mas também espaço para que se alcance o desenvolvimento sustentável.

As exigências da sustentabilidade envolvem a cooperação entre os Estados, entre o Estado e os cidadãos ou grupos da sociedade civil na promoção de políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento), como também o dever de adoção de comportamentos públicos e privados focados nessa meta, de modo a dar expressão concreta à assunção de condutas comprometidas com o bem-estar das gerações futuras.

53 FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, set. 1988, p. 5.

Nesse raciocínio, a atuação jurisdicional é crucial para o fomento de ações sustentáveis, já que pode servir como limite de promoção à atuação do indivíduo. A autonomia passa então a ser conformada por metas de sustentabilidade, o que leva a ideia do Estado de Direito do Ambiente, entendido por Canotilho como:

Não nos admirará também a *inseparabilidade do Estado de ambiente do princípio democrático*. A afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postulado princípio da cooperação com a sociedade civil. O Estado de ambiente constrói-se democraticamente de baixo para cima; não se dita em termos iluminísticos e autoritários de cima para baixo.⁵⁴

6 CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar a crescente importância do ativismo judicial, como uma atuação consciente, politizada e criativa do juiz no sentido de aplicar, a cada caso concreto, uma decisão que se coadune com a principiologia pretendida pelo Estado Democrático de Direito.

Demonstrou-se que a ideia de completude do sistema jurídico de regras é obsoleta, já que poderia propiciar, por ausência de previsão legal, a efetiva tutela dos interesses dos sujeitos. E mais, sustentou-se que a decisão judicial deve revelar a adoção de práticas de implementação de princípios e valores pretendidos pela sociedade, diante da morosidade do Poder Legislativo.

Nesse contexto, a sustentabilidade, na sua multiplicidade conceitual, é compreendida como um princípio sistêmico a orientar as decisões judiciais e a legitimar a atuação criativa do juiz, principalmente se considerada a responsabilidade do homem com as gerações futuras. Assim, a atuação jurisdicional é fundamental para o fomento de ações sustentáveis, conformando a autonomia, de certa forma, às metas de sustentabilidade.

Como princípio jurídico, evidencia-se o conteúdo de generalidade e abstração assumido pela sustentabilidade no atual sistema, bem como sua importância, a propiciar uma interpretação ampla, móvel e evolutiva de seu conceito. Defende-se que sua promoção depende também da atuação do Poder Judiciário, que poderá conferir, sempre que possível, a cada caso concreto, uma decisão comprometida com a efetivação do princípio da sustentabilidade.

Incorporar tal conceito como princípio orientador do ordenamento jurídico implica a aceitação definitiva de que qualquer intervenção transformadora do homem deve ter o compromisso com a perenização da vida.

Com base no consenso científico sobre a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os riscos associados à extração, exploração, beneficiamento, utilização, transporte ou comercialização desse mineral são incompatíveis com os valores e objetivos expressos na Constituição brasileira. Especificamente, o STF destacou que a questão do amianto crisotila afeta diretamente a proteção da dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a preservação do meio ambiente e a saúde dos indivíduos que têm contato direto com o amianto, bem como dos consumidores de produtos que o contêm.

54 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 45 (Coleção Cadernos Democráticos, v. 7).

Nesse contexto, a evolução hermenêutica observada pelo STF nos casos estudados exigiu uma cuidadosa articulação entre a realidade fática, obtida por meio do conhecimento técnico-científico, e o conhecimento jurídico. Essa evolução permitiu ao tribunal reavaliar suas decisões anteriores sobre o uso do amianto crisotila no Brasil, à luz do consenso científico cada vez mais robusto sobre a severa nocividade desse material.

O STF decidiu que princípios como livre iniciativa, livre comércio e progresso econômico não podem prevalecer sobre direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, que está diretamente ameaçado pelo uso do amianto crisotila. Especificamente, o tribunal reconheceu que a Lei Federal n. 9.055/1995, que regulamentava a produção e o consumo do amianto, não se alinha mais com os princípios constitucionais, especialmente no que diz respeito à proteção da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, o STF considerou que essa legislação federal passou por um processo de inconstitucionalização, o que significa que as legislações estaduais que proibiam o uso do amianto crisotila eram mais eficazes na proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. *Transformações dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro*. O Direito, Lisboa, ano 129, v. I, n. II, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1-32, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf. Acesso em: 8 maio 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. In: *Congresso Internacional de Direito Ambiental*, 7, 2004, São Paulo. Anais... São Paulo: IMESP, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*.

BRASIL. Lei Nº 9.055, de 1 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1995.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso futuro comum: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>. Acesso em: 8 maio 2024.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. A interconexão entre o direito e o meio ambiente sob a ótica da hermenêutica. In: FLORES, Nilton Cesar Flores (org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. São Paulo: Editora Millennium, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. (Coleção Cadernos Democráticos, v. 7).

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3. 1999, p. 473-486.

CHALIFOUR, Nathalie J. *Land use law for sustainable development*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: RT, 1987.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLES, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução Ruth M. São Paulo: Klauss Centauro Editora, 2009.

FARIA, José Henrique de. Por uma teoria crítica da sustentabilidade. In: NEVES, Lafaiete Santos (Org.). *Sustentabilidade: anais de textos selecionados do V seminário sobre sustentabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 4, set. 1988.

FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. Entrevista com Hermano Castro. [Rio de Janeiro]: ENSP/FIOCRUZ, 2017. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pt-br/content/entrevista-hermano-castro-comenta-o-banimento-do-amianto-no-brasil>. Acesso em: 8 maio 2024.

FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

HANSEN, Gilvan Luiz. A sociedade de consumo e o paradoxo da proteção ambiental. In: FLORES, Nilton Cesar (org.). *A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. São Paulo: Editora Millennium, 2012.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JONAS, Hans. *El principio de la responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 6, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTIN-CHENUT, K.; SALDANHA, J. O caso do amianto: os limites das soluções locais para um problema de saúde global. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 141-171, maio/ago. 2016.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 39, n. 1, p. 261-291, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916>. Acesso em: 8 maio 2024.

PODESTÁ, Fábio Henrique. A ideologia das decisões judiciais em matéria de contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A outra face do judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PRIEUR, Michel. De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de l'environnement In: OLIVEIRA, Carina Costa; SAMPAIO, Romulo Silveira R. (Org.). *A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados*. Rio de Janeiro: FGV, Direito Rio, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10353/A%20Economia%20Verde%20no%20Contexto%20do%20Desenvolvimento%20Sustent%3%A1vel.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 mai. 2024.

RICOUER, Paul. *Le juste*. Paris: Éditions du Seiu, 1991.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. *Revista de Direito Ambiental*, n.52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2008, p. 73-100.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, A. S.; MAIA, M. O STF e a utilização do amianto no Brasil: estudo de caso das ADIs n. 3.937/SP e n. 4.066/DF. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 18, n. 41, p. 249-272, maio/ago. 2021. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1751>. Acesso em: 8 maio 2024.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel das ideologias no preenchimento das lacunas de direito*. São Paulo: RT, 1993.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.066: Relator: Min. Rosa Weber: Assunto: Comercialização sem Restrições de Produtos Industrializados. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProces-soEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2607856>. Acesso em: 26 maio 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Consulta Processual: ADI 3937 – Controle de Constitucionalidade, Fiscalização. Brasília, DF: STF, 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2544561>. Acesso em: 26 maio 2024

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

Recebido em: 03.08.2023

Aprovado em: 04.10.2024

Como citar este artigo (ABNT):

POLI, Luciana Costa; BOLWERK, Aloísio. A efetividade da construção do estado ambiental pelo processo constitucional: o caso do amianto crisotila. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.115-135, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/10/DIR51-07.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

A CONDIÇÃO JURÍDICA DE REFUGIADO DOS HAITIANOS DESLOCADOS AO BRASIL APÓS O TERREMOTO DE 2010

THE LEGAL STATUS OF REFUGEE OF HAITIANS DISPLACED TO BRAZIL AFTER THE 2010 EARTHQUAKE

Breno Kitzmann Krug¹
Felipe Kern Moreira²

RESUMO: O artigo analisa as medidas adotadas pelo Estado brasileiro para fins de reconhecimento da condição jurídica dos haitianos deslocados ao Brasil em consequência do terremoto ocorrido em Porto Príncipe, capital do Haiti, em 12 de janeiro de 2010. No caso em análise, é defendido o reconhecimento do status de refugiado aos haitianos, com base na ocorrência de graves e generalizadas violações de direitos humanos no país de origem, conforme previsão do artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997. Sob a égide interpretativa do princípio pro persona dos direitos humanos, é criticada a aplicação restritiva do instituto do refúgio pelas autoridades brasileiras, as quais deixaram de reconhecê-lo, mesmo quando cabível, concedendo em seu lugar vistos humanitários, que embargavam o fluxo de entrada dos haitianos. A pesquisa conclui que o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) agiu de maneira equivocada ao não reconhecer o status de refugiado aos haitianos, os quais adimpliam os requisitos legais para tanto. Foi aplicada medida jurídica diversa que, apesar de aparentemente arrazoada, dissonava da obrigação imposta pela Lei 9.474/1997. Sustenta-se, ainda, que a legislação brasileira pode reconhecer a condição de refugiado para vítimas de desastres ambientais, desde que estes eventos gerem graves e generalizadas violações de direitos humanos.

Palavras-chave: Brasil; direitos humanos; Haiti; refúgio; terremoto.

ABSTRACT: This article analyzes the measures adopted by the Brazilian State for the purpose of recognizing the legal status of Haitians displaced to Brazil as a consequence of the earthquake that happened in Port-au-Prince, Haiti's capital, on January 12, 2010. In the case under analysis, the recognition of the refugee status for the Haitians is sustained based on the occurrence of grave and generalized violations of human rights in the country of origin, as laid out in article 1, item III, of Law 9,974/1997. Under the interpretative aegis of the pro persona principle of human rights, the restrictive application of the refuge mechanism by the Brazilian authorities is criticized, as they failed to recognize it even when applicable, with humanitarian visas being granted in its place, which blocked the flow of entries of Haitians. The research concludes that the National Committee for Refugees (CONARE) acted erroneously by not recognizing the status of refugees for Haitians when they fulfilled the legal requirements for it. A different legal measure was applied, which, although apparently reasonable, was dissonant from the obligation imposed by Law 9,474/1997. It is also sustained that the Brazilian legislation can recognize the status of refugee for victims of environmental disasters, provided that these events generate grave and generalized violations of human rights.

Keywords: Brazil; human rights; Haiti; refuge; earthquake.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Advogado. ID orcid.org/0000-0002-1842-9572.

2 Doutor e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Professor Associado no curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professor do Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social (PPGDJS/FURG). International Visitor Fellowship. Ocean Frontier Institute, Dalhousie University, Halifax, Canada. Scholarship Holder DAAD/CNPq (doutorado sanduíche) na Johann Wolfgang Goethe Universitaet Frankfurt am Main. ID orcid.org/0000-0002-5084-4987. Researcher ID: K-1774-2016.

1 INTRODUÇÃO

Estima-se que o terremoto ocorrido em Porto Príncipe, em 12 de janeiro de 2010, tenha provocado cerca de 316 mil mortes³, além de 300 mil feridos e 1,5 milhão de deslocados internos⁴, os quais passaram a viver em 1.354 acampamentos precários⁵. A Cruz Vermelha estima que 3 milhões de pessoas foram afetadas pelo desastre⁶, o que representava quase um terço da população de cerca de 10 milhões de habitantes.

O contexto humanitário no país já era crítico, caracterizado pela presença da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH), estabelecida em 2004, sendo a situação agravada ainda mais pelo terremoto. Neste contexto de instabilidade, 54.182 haitianos vieram para o Brasil e aqui se fixaram regularmente entre o período de 2010 e 2019⁷, buscando fugir de graves e generalizadas violações de direitos humanos que se agravaram ou começaram a ocorrer após o evento ambiental. Dentre os direitos violados, abarcados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, estão o direito à vida, à liberdade, à segurança, à saúde, ao bem-estar, à alimentação e acesso à água, à educação, e ao trabalho e justa remuneração⁸.

O propósito deste trabalho é analisar as medidas adotadas pelo Estado brasileiro para fins de reconhecimento da condição jurídica dos deslocados haitianos ao Brasil após o terremoto de 12 de janeiro de 2010, de modo a repensar o enquadramento jurídico dado a deslocados forçados por fenômenos diversos, inclusive ambientais, e embasar uma política de acolhimento dessas pessoas em linha com os direitos humanos e a legislação brasileira. Em particular, são analisados os processos decisórios, no âmbito do Poder Executivo Federal, em torno do não reconhecimento do *status* de refugiados dos haitianos naquele contexto, com especial atenção às reuniões do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e do Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

O artigo está organizado em duas partes, sendo que a primeira aborda os aparatos normativos nacionais e internacionais pertinentes aos refugiados, com posterior discussão da resposta da administração brasileira para a questão dos deslocamentos forçados dos haitianos, o que se dá por meio da análise de atas de reuniões de seus órgãos competentes no âmbito Executivo Federal. A segunda parte aborda a possibilidade do reconhecimento do *status* de refugiado no caso em análise, com base na ocorrência de graves e generalizadas violações de direitos humanos prevista no artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997. Sob a égide interpretativa do princípio *pro persona*, a conclusão é de que os haitianos que chegaram ao Brasil adimpliam os requisitos para receberem o *status* de refugiados.

A metodologia utilizada na produção desta pesquisa é a analítico-descritiva, por meio de um estudo de caso, com recurso a fontes primárias, tais como como Tratados, legislação pátria, atas de reuniões de órgãos federais - com especial atenção ao CONARE e CNIg - e dados oficiais, e fontes secundárias, tais como artigos científicos e dados da mídia jornalística.

3 ARCHIBOLD, R. C. Haiti: Quake's Toll Rises to 316,000. *The New York Times*, Nova Iorque, 13 jan. 2011.

4 BOLTON, M. B. *Human Security After Collapse: Global Governance in Post-Earthquake Haiti*. Londres: LSE Global Governance, London School of Economics and Political Science, 2011, p. 3.

5 RODRIGUES, V. M. A Migração de haitianos para o Brasil no contexto do terremoto de 2010. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). *"Refugiados Ambientais"*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 858.

6 CRUZ Vermelha estima que 3 milhões foram afetados por terremoto. *VEJA*, São Paulo, 13 jan. 2010.

7 CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M. *Imigração e Refúgio no Brasil: Resumo Executivo; Relatório Anual 2020*. Série Migrações. Brasília: Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra); Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral, 2020, p. 3.

8 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948.

2 O INSTITUTO DO REFÚGIO E A RESPOSTA BRASILEIRA PARA O CASO DOS HAITIANOS

Nesta primeira parte do artigo é analisado o instituto do refúgio nos âmbitos internacional e nacional, o papel do CONARE e a sua atuação no caso concreto dos refugiados haitianos pós terremoto de 2010, com a aplicação restritiva do instituto do refúgio, assim como do CNlg.

2.1 O INSTITUTO DO REFÚGIO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

O instituto jurídico do refúgio traça suas bases no direito internacional, em tratados de abrangência mundial e regional, entre os quais está a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu Protocolo Adicional, de 1967. No plano regional da África e das Américas há uma ampliação do conceito de refugiado, com uma proteção dos direitos humanos, o que se dá por meio da Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, de 1969, e da Declaração de Cartagena, de 1984.

No contexto brasileiro, em 22 de julho de 1997, foi publicada a Lei nº 9.474, que tratou de internalizar os preceitos da Convenção de 1951, seu Protocolo Adicional, de 1967, e elementos da Declaração de Cartagena no ordenamento jurídico pátrio, além de estabelecer mecanismos para a implementação do instituto no território nacional. Ressalta-se que o Brasil já havia aderido e ratificado a Convenção e seu Protocolo Adicional por meio, respectivamente, do Decreto 50.215/1961 e do Decreto 70.946/1972.

A inovação da Lei 9.474/1997 está na consolidação de um sistema nacional para o refúgio em uma única legislação, onde estão previstas as principais questões atinentes à matéria, organizando e facilitando sua aplicação. No artigo 1º está previsto o conceito de refugiado, com as situações em que haverá o reconhecimento da condição:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.⁹

De acordo com a redação do caput do artigo 1º, as situações ali dispostas são taxativas, de forma que uma vez presente circunstância ensejadora do refúgio, este é direito do indivíduo, sendo dever do Estado brasileiro o reconhecimento do *status* requisitado. Existem dois cenários, previstos nos incisos I e III, onde o refúgio será concedido. O inciso II, conectado ao inciso I, trata especificamente dos apátridas¹⁰ que se enquadrem nas circunstâncias previstas.

9 BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

10 Apátrida é aquele indivíduo que não é considerado cidadão por nenhum país, encontrando-se em um limbo jurídico. No âmbito das Nações Unidas, existem dois documentos que disciplinam o tema: a Convenção de 1954 relativa ao Estatuto dos Apátridas e a Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia.

Entretanto, não se vislumbra motivo para impedir que os apátridas também sejam abarcados pelo inciso III, motivo pelo qual aparenta haver ocorrido equívoco na redação por parte do legislador, por se tratar de diminuição do aparato protetivo para esses indivíduos vulneráveis.

No inciso I consta a definição tradicional de refugiado estabelecida pela Convenção de 1951. Neste caso, é necessária a aferição de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas para a concessão do *status* de refugiado. Trata-se de uma aferição individual e subjetiva, onde será analisada a situação na qual o indivíduo se encontrava e os fatores que ensejaram o fundado temor de perseguição.

Já no inciso III se materializa a influência da Declaração de Cartagena no ordenamento brasileiro, abarcando os refugiados que, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, deixam o seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. A Lei não especifica o que caracteriza violações de direitos humanos “graves e generalizadas”, havendo aqui um espaço interpretativo. Contudo, como se verá adiante, essa abertura acaba por trazer insegurança na maneira como a administração afere a ocorrência de graves e generalizadas violações de direitos humanos, o que termina por abrir espaço para interpretações casuísticas e pautadas pela vontade política em receber refugiados que se enquadrariam nessa situação.

Vislumbra-se que a necessidade de fundado temor de perseguição, como assim definido na Convenção de 1951, não é requisito absoluto para a concessão do *status*, vide que sua necessidade se limita à situação descrita no inciso I. Ademais, pontua-se também que a Declaração de Cartagena não foi totalmente internalizada no ordenamento brasileiro, sendo limitada apenas às violações de direitos humanos, ignoradas as situações previstas no documento de violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos e circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública¹¹.

Relativamente ao aparato normativo nacional é pertinente mencionar a Lei 13.445/2017 a qual substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), instituído durante o regime militar sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1/1969. A atual Lei que disciplina a migração no Brasil está em consonância com a Constituição Federal de 1988, com o regime internacional de direitos humanos e se alinha aos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros. Não obstante os inegáveis avanços, a Lei de Migração pouco trata dos refugiados e solicitantes de refúgio, destacando a necessidade de se observar a Lei n. 9.474/1997¹².

2.2 O COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS E A RESPOSTA ÀS SOLICITAÇÕES DE REFÚGIO

O órgão da administração brasileira competente para tratar da matéria de refúgio é o Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, instituído pela Lei 9.474/1997. A posição do Governo Federal frente ao fluxo de haitianos que adentrava no Brasil e solicitava o *status* de refugiado foi negativa, como se depreende da análise da ata da 68ª Reunião Ordinária do CONARE, realizada em março de 2011, quando o número de solicitações começava a aumentar¹³.

11 COLÓQUIO DE CARTAGENA. *Declaração de Cartagena*. Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena das Índias, 22 nov. 1984.

12 JESUS, Rodrigo Weber de; DEL VECCHIO, Victor Antonio. O reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes na lei de migração. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 115, jan./dez. 2020, p. 538.

13 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011.

Os dados oficiais para as solicitações de refúgio no período, veiculados pelo governo federal em publicação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em conjunto com o Observatório das Migrações Internacionais, não retratam o real número de solicitações. Apenas na ata da 68ª Reunião Ordinária do CONARE foram apreciadas e negadas 699 solicitações de refúgio, havendo a menção a outras 199 que também foram negadas, as quais foram remetidas para o Conselho Nacional de Imigração¹⁴. No entanto, o governo federal registrou apenas 86 solicitações em 2011, todas deferidas¹⁵, o que evidencia que o número real de solicitações feitas ao CONARE por haitianos no período foi omitido nos dados oficiais.

A justificativa para o indeferimento das solicitações de refúgio dos haitianos teve por base quatro argumentos, a saber: ausência de fundados temores de perseguição individualizada, impossibilitando o enquadramento nos requisitos da Convenção de 1951, cristalizados no inciso I, do artigo 1º, da Lei de Refúgio; inexistência de agente causador específico das violações de direitos humanos no Haiti, impossibilitando o enquadramento no inciso III do mesmo dispositivo; necessidade de preservação do instituto do refúgio; e contenção do fluxo de haitianos que entrava no Brasil¹⁶.

A indisposição com o fluxo de deslocados que adentravam no território nacional é representativa da lógica então vigente do Estatuto do Estrangeiro¹⁷, pautada pela segurança nacional e soberania. Nas falas dos componentes do Comitê é revelada a preocupação com um possível incentivo ao deslocamento rumo ao Brasil, que poderia ocorrer caso houvesse o reconhecimento do *status* de refugiado aos haitianos. O reconhecimento de grave e generalizada violação de direitos humanos, especificamente, sofreu resistência por se configurar em uma análise *prima facie* do fluxo de deslocados¹⁸, o que implicaria no reconhecimento do *status* de refugiados a todos os deslocados da região onde tais violações de direitos humanos estavam ocorrendo.

A hipótese de refúgio por grave e generalizada violação de direitos humanos, advinda da Declaração de Cartagena, inverte a lógica individualista e subjetiva da Convenção de 1951, uma vez que se instrumentaliza pela aferição de um contexto objetivo de desrespeito aos direitos humanos, presente no todo ou em parte do país de origem do solicitante, sendo estendido a toda coletividade atingida¹⁹. Portanto, no contexto da administração brasileira, em que visivelmente se almejava limitar a entrada dos solicitantes de refúgio, aplicar um instituto dessa natureza não seria atrativo do ponto de vista político, o que pode ter sido causa para que essa solução não fosse explorada mais a fundo.

O componente político na postura da administração brasileira se torna ainda mais plausível se compararmos a atitude para com os deslocados haitianos e aquela concedida

14 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011, p. 4-5.

15 SILVA, G. J. *et al.* *Refúgio em Números*: 6ª Edição. Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra); Ministério da Justiça e Segurança Pública, Comitê Nacional para os Refugiados: Brasília, 2021, p. 40-42.

16 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011, p. 4.

17 A Lei 6.815/1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, foi substituída em 2017 pela Lei nº 13.445, o que representou uma mudança na forma de tratamento do Estado brasileiro para com os migrantes no país. Foram superados os paradigmas da soberania e segurança nacional, passando a Lei a ser pautada pelo respeito aos direitos humanos e a não criminalização das migrações.

18 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011, p. 4.

19 HOLZHACKER, V. O Conceito de Refugiado no Direito Internacional. In: JUBILUT, L. L. *et al* (Orgs.). *"Refugiados Ambientais"*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 61-63.

ao fluxo de deslocados forçados venezuelanos, que passaram a ingressar no Brasil após o recrudescimento das condições de vida em seu país de origem. Neste sentido, no ano de 2019, foi realizado um estudo destinado a averiguar a incidência de graves e generalizadas violações de direitos humanos na Venezuela²⁰, buscando facilitar, à luz do artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997, o reconhecimento da condição de refugiado dos cidadãos daquele país, a qual restou confirmada no estudo.

Observando as circunstâncias em que o referido estudo foi realizado, vislumbra-se que havia conveniência política no recebimento daqueles deslocados, principalmente pelas tensões existentes à época entre o Brasil e a Venezuela²¹. Já no caso do terremoto de 2010, no Haiti, tal propensão não existia, não sendo realizado qualquer estudo para analisar a incidência de graves e generalizadas violações de direitos humanos, embora em ambos os casos a ocorrência dessas violações era notória. Assim, apenas no caso dos venezuelanos a administração brasileira fez uso desse aparato, o que demonstra como a aplicação do artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997 sofre limitações pela falta de disposições legais que regulamentem seus requisitos ou disciplinem a forma de sua aferição²².

2.3 A APLICAÇÃO RESTRITIVA DO INSTITUTO REFÚGIO

A interpretação das normas internacionais não raramente confere um viés restritivo à aplicação do refúgio aos casos concretos. Foi essa a postura emanada na 68ª Reunião Ordinária do CONARE, que na ocasião optou por erigir critérios restritivos e inexistentes na legislação para analisar o reconhecimento da condição de refugiado dos haitianos vitimados pelo terremoto de 2010. Essa interpretação é compartilhada por setores da academia e está presente em publicações do próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)²³, ao sustentarem que a aferição de fundado temor de perseguição é requisito central para a possibilidade de reconhecimento da condição de refugiado, mesmo ao se tratar de sua concepção alargada no marco da Declaração de Cartagena. Entretanto, os usos e as interpretações no plano internacional, enviesadas na lógica restritiva, não vinculam o Brasil a replicá-las internamente. Como Estado soberano, pautado nos valores constitucionais da prevalência dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana (artigo 4º, inciso II, e artigo 1º, inciso III, e da Constituição de 1988), sua vinculação ética e normativa reside em conferir a melhor tutela possível para a proteção de seres humanos em perigo.

A necessidade de fundado temor de perseguição é incontroversa, quando se trata do refúgio na forma da Convenção de 1951. Neste caso, a existência de fundado temor de perseguição não pode ser afastada, visto que está ligada diretamente às causas que a Convenção define como merecedoras de proteção internacional. De outra banda, tratando-se do refúgio na concepção das Américas, a imposição de tal requisito não prospera. Isso se

20 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Estudo de país de origem – Venezuela*. Brasília, 2019.

21 Exemplo disso é a formação do Grupo de Lima e o reconhecimento por parte do Brasil de Juan Guaidó como presidente da Venezuela, tema abordado por: ROSSI, A. Crise na Venezuela: o que é o Grupo de Lima, que reúne representantes de 14 países. *BBC News Brasil*, São Paulo, 25 fev. 2019; e por VIDIGAL, C. E.; DORATIOTO, F. *História das Relações Internacionais do Brasil*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2021, p. 141.

22 HOLZHACKER, V. A Situação de Grave e Generalizada Violação aos Direitos Humanos como Hipótese para o Reconhecimento do Status de Refugiado no Brasil. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017, p. 130-131.

23 PEREIRA, L. D. D. Uma visão brasileira do conceito “refugiado ambiental”. In: RAMOS, A. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. (Orgs.). *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 230-231.

dá pelo fato de que a terceira conclusão da Declaração de Cartagena, ao prever o conceito ampliado de refugiado, não vincula as novas causas ensejadoras à necessidade de fundado temor de perseguição²⁴. Trata-se de concepções de refúgio autônomas que se complementam, sem haver grau de hierarquia entre ambas.

Como já mencionado, a justificativa para a negativa na concessão do refúgio aos haitianos pelo CONARE, do ponto de vista estritamente jurídico, teve como pilares: (i) quanto ao enquadramento no inciso I do artigo 1º da Lei 9.474/1997, a inexistência de fundado temor de perseguição; e (ii) quanto ao enquadramento no inciso III do mesmo artigo, a inexistência de agente causador específico das violações de direitos humanos.

Partindo de uma análise conjuntural, vislumbra-se que a aplicação do inciso I resta prejudicada, visto que não foram observadas circunstâncias de perseguição no país, ao menos em grande escala. A modalidade de refúgio do inciso I é individualizada, de maneira que alguns haitianos poderiam estar enquadrados nela, sendo plausível naquela conjuntura a hipótese, por exemplo, de perseguição de indivíduos que eram inimigos do crime organizado. Entretanto, tal hipótese seria uma exceção, não representando a realidade dos haitianos que chegavam ao Brasil no período, uma vez que não foram encontrados casos dessa natureza durante as pesquisas para a elaboração deste trabalho. A violência era um dos fatores de instabilidade e repulsão demográfica no país, mas raramente se configuraria o fundado temor de perseguição. Já a aplicação do inciso III ao caso em análise é cabível, como será tratado mais adiante.

2.4 O CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO E A VIA DE PROTEÇÃO COMPLEMENTAR

Uma vez estabelecido pelo CONARE o juízo de que as solicitações de refúgio dos haitianos não se enquadravam na interpretação adotada para a Lei 9.474/1997, os casos foram remetidos ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg)²⁵. Tal procedimento tomou por base a Resolução Normativa nº 13/2007, do próprio CONARE, que estabelece, em seu artigo 2º, que os casos de solicitantes que não atendem aos requisitos de elegibilidade para o reconhecimento do refúgio, mas que podem permanecer no país por questões humanitárias, serão remetidos para apreciação no CNIg²⁶.

Em março de 2011 ocorreu a II Reunião Ordinária do CNIg, na qual foi analisada, pela primeira vez, a possibilidade de concessão de vistos humanitários do grupo de 199 haitianos que tiveram suas solicitações de refúgio negadas no âmbito do CONARE. Embasada na Resolução Recomendada nº 08/2006 e na Resolução Normativa nº 27/1998, ambas do CNIg, foi exarada decisão no sentido de regularizar o *status* migratório dos 199 casos em análise, com a concessão dos vistos humanitários, em face da situação precária em que o Haiti se encontrava. Foi reconhecido o caráter forçado do deslocamento desses haitianos, razão pela

24 Terceira conclusão da Declaração de Cartagena: “[...] Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública” (grifo nosso). (COLÓQUIO DE CARTAGENA. *Declaração de Cartagena*. Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena das Índias, 22 nov. 1984).

23 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011, p. 5.

24 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Resolução Normativa nº 13 de 23 de março de 2007*. Brasília, 23 mar. 2007.

qual mandá-los de volta para o Haiti teria impactos humanitários desastrosos²⁵. Tal postura está de acordo com o princípio do *Non refoulement*, que rechaça a devolução do refugiado de volta ao território em que sua vida, integridade ou liberdade esteja ameaçada, previsto na Lei 9.474/1997, art. 7º, §1º, como também na atual Lei de Migração, Lei nº 13.445/2017 em seu art. 49, §4º.

Do que se depreende da ata da reunião em questão, o *animus* de contenção do fluxo esteve presente nas discussões, sendo mencionados os impactos socioeconômicos na região de entrada dos deslocados, além do fato de envolver trabalhadores qualificados, que deveriam permanecer no Haiti, para reconstrução do país²⁶. Esse último ponto se trata de uma visão de cunho paternalista, que vai de encontro ao princípio da autodeterminação dos povos, positivado no artigo 4º, inciso III, da Constituição de 1988. A emigração haitiana é um processo histórico, que já ocorria muito antes do terremoto de 2010²⁷. As remessas de recursos desses emigrantes para suas famílias é parte considerável do PIB do Haiti, representando uma fatia de 22% em 2012²⁸. Portanto, justificar a necessidade da contenção do fluxo de entradas com tal argumento não leva em conta as necessidades dos haitianos, os quais tinham o acesso a meios básicos de sobrevivência e ao emprego dificultados em seu país de origem.

Outro ponto que evidencia a indisposição do Brasil com os deslocamentos que ocorriam foi o envio de uma missão composta por ministérios e órgãos da administração federal ao Peru e Equador, países de trânsito no trajeto dos haitianos ao Brasil. O objetivo da missão foi “*conscientizar os governos daqueles países quanto à dimensão e a importância dadas pelo governo brasileiro à questão dos fluxos migratórios irregulares e buscar a cooperação dos governos no enfrentamento da mesma*”²⁹. Foi sugerida a exigência de visto para coibir a entrada de haitianos nesses países, o que foi negado pelo Equador. Já o governo peruano mencionou que iria tratar da questão após as eleições que ocorriam no país.

Nesse mesmo sentido, na I Reunião Ordinária do CNlg, ocorrida em fevereiro 2011, foi manifestada preocupação quanto à questão dos haitianos, entendendo que seria razoável prestar solidariedade a estes, mas que não via razoabilidade no Brasil se tornar destino de um fluxo maior de deslocados. Também foi alertado que o reconhecimento da condição de refugiado dos haitianos teria consequências legais e financeiras para o Estado brasileiro³⁰. Nesse sentido, fica patente a indisposição do governo brasileiro em receber um grande fluxo de deslocados forçados. Da mesma forma, fica claro que os motivos que levaram à negativa das solicitações de refúgio foram além dos requisitos legais, sendo a tomada de decisão influenciada por fatores de cunho político, casuístico e econômico, implicando na falta de segurança jurídica para os estrangeiros tutelados³¹.

25 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da II Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 16 mar. 2011, p. 6.

26 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da II Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 16 mar. 2011, p. 6.

27 PINTO, S. R. Haiti: uma História de Emigração e Vulnerabilidades anteriores ao Terremoto de 2010. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). “Refugiados Ambientais”. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

28 RODRIGUES, V. M. A Migração de haitianos para o Brasil no contexto do terremoto de 2010. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). “Refugiados Ambientais”. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 872.

29 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da II Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 16 mar. 2011, p. 7.

30 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da I Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 9 fev. 2011, p. 6.

31 SILVA, J. C. L.; PADILHA, N. S. O visto humanitário para os haitianos: a ausência de uma política migratória e seus novos parâmetros na atual Lei de Migração brasileira. In: *Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. São Luís. Florianópolis, CONPEDI, 2017, p. 20.

Não obstante, durante o ano de 2011, houve a regularização da permanência de haitianos solicitantes de refúgio no Brasil por meio do instituto do visto humanitário, com base nos atos administrativos do CNIg. Porém, em 12 de janeiro de 2012, dois anos após a data do desastre, houve uma mudança na política de concessão de vistos, com a publicação da Resolução Normativa nº 97/2012 do CNIg³², que estabeleceu barreiras burocráticas e financeiras à entrada dos haitianos no Brasil.

A emissão dos vistos ocorria unicamente na embaixada brasileira em Porto Príncipe, sendo limitados a apenas 1.200 por ano, em média de 100 por mês, o que estava aquém da demanda dos haitianos que se viam obrigados a deixar o país. Dentre os requisitos para solicitar o visto, era necessário ter passaporte regularizado, atestado de residência e bons antecedentes, além de desembolsar a quantia de 200 dólares para a emissão do visto humanitário³³. Houve denúncias de preferência na emissão de vistos para haitianos ricos ou solicitantes de vistos estudantis, além de supostas irregularidades no processo³⁴.

No ato em que anunciou essas novas medidas, o governo também comunicou que os haitianos que solicitassem o refúgio não teriam suas situações regularizadas, sendo seus pedidos sumariamente indeferidos. Houve o endurecimento no controle de fronteiras, com o impedimento de novas entradas sem o visto emitido pela Embaixada de Porto Príncipe, deixando haitianos, que já estavam em trânsito na data da publicação, retidos em países de fronteira com o Brasil, em situação de vulnerabilidade³⁵.

Conforme consta na Resolução Normativa nº 97/2012, passou-se a aplicar o visto permanente previsto no artigo 16 da Lei nº 6.815/1980, com prazo de cinco anos, sendo sua renovação atrelada à comprovação de atividade laboral³⁶. A necessidade de tal comprovação é mais um entrave para a proteção efetiva dos haitianos, já que não existe requisito dessa natureza para a manutenção do *status* de refugiado.

Após críticas da sociedade civil³⁷, o limite de vistos anuais e a competência única da Embaixada de Porto Príncipe para tal concessão foram suspensos em abril de 2013, com a edição da Resolução Normativa nº 102/2013 do CNIg³⁸. A partir de então, embaixadas em países de trânsito podiam emitir o visto, facilitando a situação dos haitianos que já haviam deixado seu país. Apesar da acertada decisão, esses dois requisitos perduraram por cerca de um ano e quatro meses, em um período em que a situação no Haiti ainda era muito grave e as necessidades humanitárias dessas pessoas estavam em seu auge.

Os requisitos estabelecidos pelo Brasil instrumentalizaram a contenção do fluxo de haitianos que tentavam entrar no território nacional, uma vez que a grande maioria da população do Haiti não possuía documentos de viagem e muito menos condições de arcar

32 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Resolução Normativa nº 97 de 12 de janeiro de 2012*. Brasília, 12 jan. 2012.

33 SILVA, J. C. L.; PADILHA, N. S. O visto humanitário para os haitianos: a ausência de uma política migratória e seus novos parâmetros na atual Lei de Migração brasileira. In: *Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. São Luís. Florianópolis, CONPEDI, 2017, p. 14.

34 FAGEN, P.W. *Receiving Haitian migrants in the context of the 2010 earthquake: Discussion Paper*. Georgetown: The Nansen Initiative, 2013, p. 16.

35 SILVA, J. C. L.; PADILHA, N. S. O visto humanitário para os haitianos: a ausência de uma política migratória e seus novos parâmetros na atual Lei de Migração brasileira. In: *Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. São Luís. Florianópolis, CONPEDI, 2017, p. 12-13.

36 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Resolução Normativa nº 97 de 12 de janeiro de 2012*. Brasília, 12 jan. 2012.

37 SILVA, J. C. L.; PADILHA, N. S. O visto humanitário para os haitianos: a ausência de uma política migratória e seus novos parâmetros na atual Lei de Migração brasileira. In: *Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. São Luís. Florianópolis, CONPEDI, 2017, p. 14.

38 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Resolução Normativa nº 102 de 23 de abril de 2013*. Brasília, 23 abr. 2013.

39 SILVA, J. C. L.; PADILHA, N. S. O visto humanitário para os haitianos: a ausência de uma política migratória e seus novos parâmetros na atual Lei de Migração brasileira. In: *Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. São Luís. Florianópolis, CONPEDI, 2017, p. 13-14.

com o valor do visto³⁹. Com o colapso da administração do Haiti após o terremoto, a emissão de passaportes certamente ficou prejudicada, representando um empecilho importante para a obtenção do visto. Ademais, salienta-se que 80% da população haitiana vive abaixo da linha da pobreza, enquanto 54% vivem na extrema pobreza⁴⁰, condições econômicas que tornavam a obtenção do visto impossível para a grande maioria da população. Como consequência, apenas os haitianos mais ricos e instruídos possuíam condições de vir ao Brasil, enquanto os outros teriam de permanecer em uma conjuntura de violações de direitos humanos em razão dos óbices impostos pela administração brasileira, o que dissona totalmente com uma política que visa ser humanitária.

Aparentemente, a política adotada pelo Brasil foi no sentido de manter a tendência de receber apenas mão de obra qualificada – a qual teria condições de adimplir os requisitos do visto –, impondo barreiras aos haitianos indesejáveis, mesmo que isso vá de encontro com o defendido no âmbito do CNIg, no sentido da importância desses trabalhadores qualificados para a reconstrução do Haiti⁴¹. Tal postura limitadora não seria possível caso a conjuntura no Haiti fosse reconhecida nos moldes do inciso III, do artigo 1º, da Lei de Refúgio, uma vez que reconhecida a circunstância de grave e generalizada violação de direitos humanos, o *status* deve ser concedido a todos aqueles que vivem na região abarcada e que o solicitarem. Dessa maneira, o Brasil optou por tratar os haitianos como migrantes forçados, e não refugiados.

Não se ignoram aqui os desafios que tal medida poderia trazer ao Brasil, tendo de absorver um fluxo considerável de haitianos no mercado de trabalho nacional. Por outro lado, a situação econômica do Brasil à época era favorável, com a maioria dos haitianos conseguindo emprego facilmente após sua chegada ao Brasil⁴². Dessa maneira, uma política governamental organizada, onde se procedesse com o reassentamento dos haitianos em todas as regiões do Brasil, seria capaz de absorvê-los sem grandes impactos negativos para os trabalhadores brasileiros, objeto de preocupação no âmbito do CNIg.⁴³

Apesar dos custos que tal operação envolveria, essa sim seria uma política humanitária, voltada para os direitos humanos da população do Haiti e em consonância com os compromissos que o Estado brasileiro se obrigou de forma soberana e voluntária, tanto na legislação interna quanto em âmbito internacional. Seria, de fato, uma política diferente daquela que foi adotada, através da qual foram erguidas barreiras que dificultavam a entrada dos haitianos mais vulneráveis e necessitados ao território nacional.

3 DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO REFÚGIO NO CASO DOS HAITIANOS

Nesta segunda parte do artigo é analisada a pertinência jurídica dos fundamentos utilizados para o não reconhecimento pelo CONARE da condição de refugiado dos haitianos, bem como a interpretação da norma sob o ponto de vista do princípio *pro persona*. Na sequência, é analisado o adimplemento dos requisitos para o reconhecimento da condição de refugiado dos haitianos com base no artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997.

40 RODRIGUES, V. M. A Migração de haitianos para o Brasil no contexto do terremoto de 2010. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). “Refugiados Ambientais”. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 867.

41 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da II Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 16 mar. 2011, p. 6.

42 FAGEN, P.W. *Receiving Hatian migrants in the context of the 2010 earthquake: Discussion Paper*. Georgetown: The Nansen Initiative, 2013, p. 17.

43 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da I Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 8 fev. 2012, p. 2.

3.1 A INTERPRETAÇÃO DO CONARE E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS

A interpretação dada ao inciso III no âmbito da 68ª Reunião Ordinária do CONARE não tem amparo jurídico, uma vez que a legislação de refúgio não esclarece o que configura graves e generalizadas violações de direitos humanos, assim como não sustenta que tais violações devem ser realizadas por um agente causador específico, ou mesmo que o refúgio ali previsto necessita de fundado temor de perseguição para ser pleiteado.

O CONARE afastou o reconhecimento do refúgio baseado no inciso III, do artigo 1º, da Lei 9.474/1997, principalmente por conta da ausência de “agente causador específico.”⁴⁴ Essa perspectiva em relação ao dispositivo legal implica em uma interpretação restritiva da Lei de Refúgio em face à Convenção de 1951, como se essa última detivesse caráter constitutivo absoluto do instituto do refúgio, sem levar em conta as evoluções históricas observadas e a melhor salvaguarda dos direitos humanos.

No caso específico dos haitianos, essa interpretação restritiva também advém de uma resistência das instituições em admitir a possibilidade do reconhecimento da condição de refugiado em situações causadas por fatores ambientais, uma vez que não existe, na legislação brasileira, previsão específica para abarcar os *refugiados ambientais*, como são denominados esses deslocados⁴⁵. Aqueles que resistem ao seu reconhecimento aduzem que o refúgio só poderia ser pleiteado por ações diretas de agentes determinados, o que, geralmente, não é possível caracterizar em questões ambientais. Com base nessa ótica, frequentemente se dá o tratamento de migrante forçado para as vítimas, levando em conta a perspectiva global do sistema de refugiados. Ocorre que no Brasil, onde se recepcionou o avanço regional de ampliação do conceito de refugiado, visando abarcar violações de direitos humanos, tratar os haitianos como migrantes, em razão apenas da inexistência de norma específica para os refugiados ambientais, se configura como ato ilegal da administração, já que os fatores ambientais também podem ensejar violações de direitos humanos.

Neste sentido, a própria Declaração de Cartagena, de onde se extrai a influência para o artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474, não aponta que deva haver um agente causador específico das violações de direitos humanos no território em questão. Tampouco que seja necessário fundado temor de perseguição, como já pontuado. Também não há menção que a aplicação do conceito ampliado de refugiado deva ser subsidiária ao conceito de refúgio, assim estabelecido na Convenção de 1951. A própria natureza da situação ensejadora do refúgio nos moldes do inciso III afasta a necessidade de agente determinado. Trata-se de uma aferição do contexto objetivo do país, que sofre interferência de diversos fatores que vão além das ações de indivíduos ou instituições específicas.

Portanto, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, não se vislumbra óbice para a admissão dessa nova categoria de refugiados ambientais, desde que a situação objetiva no país de origem dos solicitantes seja de graves e generalizadas violações de direitos humanos. Dito isso, salienta-se que poucos serão os casos em que um evento ambiental chegará ao ponto de ensejar graves e generalizadas violações de direitos humanos. É necessário que haja um evento de proporções catastróficas, que se some a condições

44 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011, p. 4.

45 CLARO, C. A. B. A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 5.

sociais já precárias, gerando consequências humanitárias para a totalidade do território do país, impossibilitando o exercício dos direitos básicos à vida, segurança e liberdade, forçando as pessoas a se deslocarem. Foi exatamente o que ocorreu no Haiti após o terremoto de 2010, onde já existia um cenário conturbado, sendo o sismo o gatilho para uma nova onda de deslocamentos para o exterior.

A terceira conclusão da Declaração de Cartagena busca evitar interpretações restritivas do instituto do refúgio, quando menciona “a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região”⁴⁶, devendo esta abarcar a tradicional concepção de 1951, bem como outras que são eleitas como merecedoras de proteção no âmbito da Organização dos Estados Americanos, sem que estas estejam atreladas à primeira. A separação entre as duas concepções, que devem existir lado a lado no ordenamento jurídico, é manifesta, tanto que a primeira, de 1951, lida com situações individuais subjetivas, enquanto a segunda, de Cartagena, se atém a contextos coletivos e objetivos em dado território⁴⁷, não devendo essa última ser aplicada em caráter subsidiário à primeira.

O vocábulo “refúgio” não é exclusivo da Convenção de 1951⁴⁸, podendo ser os conceitos linguístico e jurídico tratados em outros contextos. Não se deve interpretar e reconhecer o refúgio apenas se a situação em questão estiver de acordo com sua concepção original, inaugurada em 1951, visto que se trata de um conceito em evolução, principalmente no âmbito regional.

O fim do instituto do refúgio é, conforme o espírito humanista inaugurado na Declaração de Cartagena, proteger a humanidade, não só em zonas de conflito ou de perseguições de Estados não democráticos, mas também em situações em que a vida, segurança ou liberdade sejam atacadas em situações que excedam a definição original da Convenção de 1951. Atualmente, novas situações estão demandando proteção internacional, como os impactos das mudanças climáticas ou desastres naturais, além de conjunturas político-econômicas-sociais diversas que ensejem violações de direitos humanos. Assim, os países que se comprometem com a mitigação desses fenômenos, e a melhor assistência às suas vítimas, devem também se comprometer com uma abordagem humanística ao refúgio, sem amarras casuísticas e pautadas pela conveniência política. Para além disso, ao se tratar da proteção de vidas humanas, deve ser superado o viés pragmático da administração, substituindo-o pelo espírito de proteção das vidas humanas em risco.

Neste sentido, afastar a aplicação do instituto jurídico mais benéfico ao titular do direito, com o fim de preservar dito instituto, como defendido na 68ª Reunião Ordinária do CONARE⁴⁹, se configura na realidade em seu próprio vilipêndio. A Lei não é um fim em si mesmo, de forma que o prisma da dignidade da pessoa humana e o princípio *pro persona* devem estar no eixo central no momento da interpretação do caso concreto. Logo, a decisão que declarasse o *status* de refugiados aos haitianos teria caráter vanguardista, pois estaria admitindo o direito ao refúgio para uma categoria de vítimas de violações de direitos humanos que até então

46 COLÓQUIO DE CARTAGENA. *Declaração de Cartagena*. Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena das Índias, 22 nov. 1984.

47 HOLZHACKER, V. O Conceito de Refugiado no Direito Internacional. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). “*Refugiados Ambientais*”. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 61.

48 CLARO, C. A. B. O Conceito de “Refugiado Ambiental”. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). “*Refugiados Ambientais*”. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 94.

49 BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011, p. 4.

não vinha sendo recepcionada pelo Direito Internacional dos Refugiados, formando um precedente importante para toda a comunidade internacional.

3.2 O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO PRO PERSONA.

Para analisar o caso dos haitianos deslocados pelo terremoto de 2010 é necessário adotar um enfoque interpretativo, pautado pela primazia dos direitos humanos das vítimas afetadas. A Convenção de 1951 não limita o instituto do refúgio apenas a sua definição e requisitos, admitindo que outras normas tratem da questão e confirmem direitos mais benéficos aos refugiados⁵⁰. Ainda, conforme disposto no artigo 48, da Lei 9.474/1997, a sua interpretação deve ser regida pelo prisma dos direitos humanos⁵¹.

No mesmo sentido é o preâmbulo da Convenção de 1951, ao reconhecer a importância dos direitos humanos para o Direito Internacional dos Refugiados⁵²: A Constituição da República Federativa do Brasil também é importante para a compreensão da matéria, já que dela se extrai toda a base do ordenamento jurídico pátrio. O seu artigo 1º, inciso III, define que o Estado brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, enquanto em seu artigo 4º estão dispostos os princípios que regem as suas relações internacionais⁵³. Desta forma, os princípios e as normas que advêm da Constituição, Tratados internacionais e da legislação pátria, devem compor a base de toda e qualquer política nacional que trate da salvaguarda dos direitos de estrangeiros que escapam de situações de risco, inclusive em casos de desastres naturais de elevada magnitude. O refúgio é um instrumento de proteção da vida, integridade e dignidade humana, devendo ser concedido quando o Estado de origem do solicitante não faz mais sua salvaguarda, seja porque não detém da capacidade para tal, ou por que o solicitante não quer mais se valer dessa proteção devido ao fundado temor de perseguição.

Partindo desse imperativo, se vislumbra a desconexão com a gravidade das repercussões da decisão de não ser aplicado o instituto do refúgio no caso dos haitianos afetados pelo terremoto de 2010, aplicando em seu lugar o visto humanitário. A negativa significou obstar a proteção que era suplicada, deixando-os efetivamente à mercê das violações de direitos humanos que ocorriam no país, até que conseguissem cumprir com os requisitos para a obtenção do visto humanitário. Os motivos para tanto foram banais, se comparados com a necessidade urgente de proteção da vida humana, compreendendo tão somente a suposta proteção da integridade da Lei, a limitação de entradas a um fluxo mais conveniente e a predileção por postos de trabalho para brasileiros.

50 “Art. 5º - Nenhuma disposição desta Convenção prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951*. Genebra, 28 jul. 1951).

51 “Art. 48. Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido” (grifos nossos). (BRASIL. *Lei 9.474*, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências).

52 “Considerando que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, [...] Considerando que a Organização das Nações Unidas tem repetidamente manifestado a sua profunda preocupação pelos refugiados e que ela tem se esforçado por assegurar a estes o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, [...] Expressando o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados” (grifos nossos). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951*. Genebra, 28 jul. 1951).

53 “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; [...] IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político”. (BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, 5 out. 1988).

O tratamento jurídico dispensado pelo Brasil obstou as chances de fuga das violações de direitos humanos para a maioria da população haitiana. É bem verdade, no entanto, que ao menos 54.182 haitianos se beneficiaram do visto humanitário, se fixando como imigrantes de longo termo no Brasil entre os anos de 2010 e 2019⁵⁴, o que representa um número expressivo. A controvérsia reside nas barreiras que foram impostas para a contenção do fluxo, sujeitando seres humanos a permanecerem em situação de violações de direitos humanos manifestas e reconhecidas pelo governo brasileiro. Trata-se de posturas antagônicas, dado que é admitido que esses indivíduos sofriam violações de direitos humanos e necessitavam de proteção, mas postergou-se a sua efetividade por receio das consequências jurídicas e financeiras, que o reconhecimento da condição de refugiados desses haitianos poderia trazer ao Estado brasileiro. O visto humanitário, apesar de demonstrar que o Brasil não se omitiu quanto à questão, serviu de instrumento para o cerceamento de direitos, já que seus requisitos obstaram a entrada de haitianos que escapavam da situação caótica que o seu país de origem se encontrava.

A política de proteção complementar, como é chamada a política de concessão de vistos humanitários às pessoas que não são consideradas refugiadas, perante a Convenção de 1951⁵⁵, acaba tendo como consequência indireta a revitimização da população haitiana que não consegue acessá-la. A concessão dos vistos se dava conforme a conveniência política estabelecida, baseada na ideia de contenção do fluxo de entradas, como se depreende dos posicionamentos dos membros do CONARE e do CNIg nas atas de reuniões analisadas, além das medidas estabelecidas nos primeiros anos após o desastre.

Já o *status* de refugiado é um direito preexistente e já constituído em decorrência da Lei, devendo apenas ser reconhecido pelo órgão competente, por meio de uma decisão de caráter declaratório. Não há de se falar em refúgio como ato discricionário da administração, tampouco que a decisão que o defere tenha caráter constitutivo. O Estado brasileiro, enquanto ente soberano, obrigou a si mesmo a reconhecer essa condição, sempre que adimplidos os requisitos no caso concreto. Solicitar e ser reconhecido como refugiado é um direito subjetivo, sendo inclusive norma de direito fundamental recepcionada por força da abertura constitucional prevista no artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988⁵⁶. Portanto, a negativa do *status* de refugiado a um indivíduo, quando tal tutela era válida, implica em infração de obrigação imposta por lei ao Estado, bem como o cerceamento de um direito subjetivo da vítima.

Apesar de tanto o visto humanitário quanto o refúgio servirem de aparato de acolhida e proteção, esse último oferece a melhor tutela possível para as vítimas, não sendo refém da conveniência e fatores políticos variáveis. A necessidade da aplicação do melhor direito ao indivíduo titular de direitos humanos advém do princípio *pro persona* do Direito Internacional dos direitos humanos, também denominado princípio *pro homine*, *pro vítima*, ou da norma mais favorável, tendo natureza de princípio geral⁵⁷. O refúgio, aqui entendido como instituto

54 CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M. *Imigração e Refúgio no Brasil: Resumo Executivo; Relatório Anual 2020*. Série Migrações. Brasília: Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra); Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral, 2020, p. 3.

55 GODOY, G. G. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: RAMOS, A. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. (Orgs.). *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 49.

56 GODOY, G. G. O que Significa Reconhecimento da Condição de Refugiado? In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017, p. 82.

57 NETTO, C. C. B. *Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 38-42.

jurídico capaz de instrumentalizar a proteção dos direitos humanos, é o melhor remédio para a situação que se encontravam os haitianos pós-terremoto de 2010.

A base normativa desse princípio advém do artigo 29.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁸. Tal disposição tem função basilar no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo o princípio *pro persona* reiteradamente aplicado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁹. O renomado jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-juiz da mencionada Corte e da Corte Internacional de Justiça, pontua o princípio *pro vítima* como parte integrante do processo de “realização do ideal de justiça internacional”, bem como a sua proeminência na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos⁶⁰.

Do ponto de vista teórico, o princípio *pro persona* em matéria de direitos humanos é um critério hermenêutico, que se manifesta na preferência de fontes e na preferência interpretativa. A primeira indica que, havendo duas ou mais normas aplicáveis ao caso, sempre deverá ser aplicada a fonte normativa mais favorável ao titular do direito. Já a segunda define que, havendo espaço para a interpretação de uma norma, deverá ser aplicada aquela que mais protege ou menos restringe os direitos da pessoa⁶¹.

A não aplicação da concessão do *status* de refugiado aos haitianos, caso de manifesta ocorrência de violações de direitos humanos, contrariou a disposição expressa da Lei 9.474/1997. A negativa se embasou em uma interpretação restritiva do direito do titular de direitos humanos, o que é vedado à luz do princípio *pro persona*. Portanto, uma vez mercedores do amparo do Estado brasileiro, o *status* de refugiado dos haitianos deveria ser reconhecido, já que se trata da tutela mais favorável disponível ao titular de direitos humanos.

3.3. O ADIMPLEMENTO DOS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DO REFÚGIO EM CASO DE GRAVE E GENERALIZADA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Em que pese sequer tenha sido mencionado na ata da 68ª Reunião Ordinária do CONARE, o próprio órgão lançou, em 2010, em conjunto com o Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e o Ministério da Justiça, uma publicação tratando do refúgio no Brasil, trazendo decisões comentadas e procedimentos de reconhecimento de refugiados no país. Conforme tal documento, a caracterização de grave e generalizada violação de direitos humanos, prevista no inciso III, do artigo 1º, da Lei 9.474, depende que a situação no país em questão cumpra com três requisitos básicos, quais sejam:

- 1) a total incapacidade de ação ou mesmo inexistência de entes conformadores de um Estado Democrático de Direito [...].
- 2) a observação naquele território da falta de uma paz estável e durável.
- 3) o reconhecimento, por parte da comunidade internacional, de que o Estado ou território em questão se encontra em uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos.⁶²

58 “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969).

59 NETTO, C. C. B. *Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 76.

60 TRINDADE, A. A. C. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013, p. 71-74.

61 NETTO, C. C. B. *Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 22-25.

As exigências em questão foram elaboradas no âmbito do CONARE, sem que subsista embasamento legal para tanto. Inexiste legislação, ou mesmo ato da administração, que dê oficialidade a esses requisitos, o que demonstra um déficit de segurança nas decisões do órgão. Ademais, a falta de fundamentação das decisões do CONARE, quando da apreciação dos procedimentos administrativos que declaram a condição jurídica de refugiado⁶², é também uma questão importante que deve ser sanada, já que a sua ausência torna precária a garantia do contraditório das decisões exaradas e a segurança jurídica dos solicitantes.

Não obstante, mesmo diante da validade questionável desses requisitos, a situação fática no Haiti os adimplia. No que toca à incapacidade de ação ou inexistência do Estado, estas se materializaram no momento do desastre. O terremoto destruiu grande parte da infraestrutura estatal, além de ceifar a vida de muitos servidores públicos⁶³. Serviços básicos foram paralisados, sendo o seu provimento assumido por ONGs e entidades internacionais. O Estado, já frágil, se esfacelou, resultando totalmente incapaz de prover seus cidadãos após o sismo.

Conforme apontado no *World Risk Report*, de 2011, a falta de cooperação entre Estado e ONGs era um problema no Haiti⁶⁴, uma vez que essas organizações estavam tomando o lugar do Estado no processo de planejamento e implementação de políticas públicas. No vácuo deixado pela implosão do aparato do Estado surgiu um sistema de governança global no Haiti, manejado por uma mistura de atores públicos e privados internacionais. Existiam entre 3 mil e 10 mil ONGs realizando papéis tradicionalmente atribuídos ao Estado, o que levou à erosão e privatização de bens, autoridade e serviços anteriormente atribuídos a este⁶⁵. A presença de atores estatais estrangeiros e o mandato da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH) no país – a qual era comandada pelo Brasil – também fizeram parte desse processo, na medida em que o poder de decisão e implementação de políticas públicas saiu do controle dos entes políticos da República do Haiti, passando para as mãos de agentes estrangeiros, quadro que se agravou com o sismo.

A República do Haiti já vinha sendo considerada um Estado falido mesmo antes do terremoto. Organizado pelo *Fund for Peace*, o índice *Failed States Index* já colocava o Haiti como o 11º Estado mais frágil do mundo antes do terremoto, atingindo a 5ª posição na edição de 2011 da publicação, após o evento ambiental⁶⁶. A incapacidade do Estado em responder ao sismo foi citada um dos motivos para a condição de falência do país caribenho, o que leva a conclusão que restou adimplido o requisito da incapacidade de ação ou inexistência do Estado.

No que tange o requisito da falta de paz estável e durável no país, observa-se que a instabilidade e insegurança no Haiti eram e continuam a ser fatores presentes na conjuntura local. Além do crime organizado e do autoritarismo por parte do Estado⁶⁷, o assassinato do presidente haitiano Jovenel Moïse⁶⁸, em 2021, e as ondas migratórias de haitianos que

62 HOLZHACKER, V. A Situação de Grave e Generalizada Violação aos Direitos Humanos como Hipótese para o Reconhecimento do Status de Refugiado no Brasil. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017, p. 128.

63 BOLTON, M. B. *Human Security After Collapse: Global Governance in Post-Earthquake Haiti*. Londres: LSE Global Governance, London School of Economics and Political Science, 2011, p. 3.

64 MUCKE, P.; RADTKE, K. *World Risk Report 2011*. Berlim: Bündnis Entwicklung Hilft (Alliance Development Works), 2011, p. 46.

65 BOLTON, M. B. *Human Security After Collapse: Global Governance in Post-Earthquake Haiti*. Londres: LSE Global Governance, London School of Economics and Political Science, 2011, p. 16-18.

66 MESSNER, J. J. *Failed States Index 2011*. Washington: The Fund for Peace, 2011, p. 13.

67 JACOBO, G. Haiti entra em nova espiral de caos e violência política. *El País*, Cidade do México, 8 fev. 2021.

68 PRESIDENTE do Haiti é assassinado a tiros em casa. *G1*, 7 jul. 2021.

chegavam à fronteira do México e Estados Unidos⁶⁹, no mesmo ano, demonstram que o Haiti, mais de uma década após o terremoto, está longe de ter alcançado a paz estável e durável.

Já o reconhecimento da comunidade internacional da ocorrência de violações de direitos humanos pode ter suas raízes traçadas no estabelecimento da MINUSTAH, em 2004, por meio das Resoluções 1529 e 1542 do Conselho de Segurança das Nações Unidas⁷⁰. Com o terremoto, houve um esforço conjunto de grande parte da comunidade internacional para auxiliar os haitianos que se encontravam em estado de necessidade. Para tanto, houve o reconhecimento das violações de direitos humanos e a ação de diversas organizações, tais como a União Europeia⁷¹, a Organização dos Estados Americanos⁷² e as Nações Unidas⁷³. Logo, a ocorrência de violações de direitos humanos foi reconhecida pela comunidade internacional, adimplindo o requisito em questão. Tais violações eram suficientemente graves e generalizadas, em face da situação caótica que assolava tanto a capital quanto o interior do país, oferecendo risco à vida e integridade da coletividade dos haitianos, independentemente de classe social.

Em nenhum momento foi sustentado, no âmbito do CONARE, que as violações de direitos humanos no Haiti não seriam suficientemente graves ou generalizadas. Aqui reside o único espaço interpretativo aberto pelo legislador no que tange à concessão do refúgio nos moldes do inciso III, o que não restou explorado na ocasião. Foram postos apenas requisitos infundados, como a necessidade de causador específico das violações – o que não encontra qualquer amparo na Lei 9.474/1997 e nem na literatura do CONARE – ou a necessidade de perseguição, o que é requisito válido apenas para a situação do inciso I. Critérios políticos também foram utilizados pela administração, principalmente no âmbito do CNlg, o que, por óbvio, não é razão para o afastamento de tutela que visa proteger os direitos humanos de vítimas de violações.

A negativa do reconhecimento do *status* de refugiado, embasado no artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997, para os haitianos que chegaram ao Brasil após o terremoto de 2010 foi infundada, tendo o Executivo Federal aplicado tutela jurídica diversa que, apesar de prover auxílio aos deslocados haitianos que conseguiam chegar ao Brasil, apresentou óbices a novas entradas e permanências. O mais adequado teria sido o reconhecimento do *status* jurídico de refugiado, mais benéfico e que teria garantido melhor tratamento às vítimas das violações de direitos humanos no país caribenho.

CONCLUSÃO

O fluxo de haitianos que chegou ao Brasil após o terremoto de 2010 não foi mero deslocamento migratório. Existem evidências de que havia manifestas violações de direitos humanos no Haiti, que foram agravadas pelo mencionado evento catastrófico, as quais, na melhor interpretação para a salvaguarda dos direitos dos haitianos, deveriam ter sido levados em conta quando da análise da possibilidade do reconhecimento do refúgio com base no inciso III, do artigo 1º, da Lei 9.474/1997.

69 LAMBERTUCCI, C. “É preciso aguentar para sobreviver”: o drama dos haitianos na fronteira dos Estados Unidos. *El País*, Del Rio, 21 set. 2021.

70 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1529 do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. S/RES/1529, 2004a. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1542 do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. S/RES/1542, 2004.

71 CASERT, R. EU nations pledge \$575 million for Haiti aid. *Associated Press*, Nova Iorque, 18 jan. 2010.

72 OAS member nations donate 170 million dollars to Haiti. *Xinhua*, Beijing, 17 jan. 2010.

73 U.N. chief calls on world to help crisis-hit Haiti. *CNN*, Atlanta, 13 jan. 2010.

Não foi identificado, no âmbito dos procedimentos desta pesquisa, nenhum estudo oficial, nos moldes do Estudo de País de Origem realizado no caso dos venezuelanos, para a constatação da existência de graves e generalizadas violações de direitos humanos no Haiti pós-terremoto de 2010. A condução de um estudo daquela natureza, com o apoio de diversos ministérios do Executivo Federal, seria imprescindível para uma aferição objetiva da situação no país de origem dos solicitantes de refúgio. Especialmente porque a subjetividade e os critérios políticos e de conveniência não podem jamais ser o fator ensejador da ação da administração em casos desta natureza.

Faz-se necessária a elaboração de aparatos normativos, preferencialmente na forma de lei ordinária, por meio do Congresso Nacional, que regulamente os requisitos e a forma de aferição da existência de grave e generalizada violação de direitos humanos, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Lei 9.474/1997. Há, como foi demonstrado por este estudo, uma falta de especificidade na legislação, e uma conseqüente indefinição do que configura violações de direitos humanos abarcadas pelo instituto do refúgio, circunstância que acaba por prejudicar os solicitantes dessa proteção do Brasil. Tratando-se de aparato destinado à proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, são necessários critérios objetivos positivados em lei, como forma de garantir a melhor tutela possível às vítimas de violações de direitos humanos.

A análise do conteúdo das atas dos órgãos vinculados ao Poder Executivo, que trataram da resposta ao fluxo de deslocados que vinham do Haiti para o Brasil, demonstra que a discussão foi permeada pela preocupação com uma possível entrada em massa de haitianos no território nacional. As medidas adotadas inicialmente pelo Governo demonstram que houve empenho em limitar o volume dessas entradas, por meio de limitações de emissões de vistos e cobrança de taxas não compatíveis com a realidade haitiana, o que se traduziu como óbice para a saída de indivíduos que tinham sua vida em risco no Haiti.

Reconhece-se que foram tomadas medidas de regularização dos haitianos que aqui já haviam chegado, bem como que o aparato do visto humanitário foi uma forma pragmática de lidar com a questão. Porém, conforme dita o princípio *pro persona*, havendo aparato jurídico mais benéfico ao indivíduo titular de direitos humanos, deve este ser utilizado, como forma de oferecer melhores redes de proteção e garantia de seus direitos fundamentais.

O reconhecimento da condição de refugiado implica em maior segurança jurídica ao tutelado, que poderá permanecer no país sem a necessidade de passar por processos burocráticos de regularização de vistos, além de não correr o risco de perder o direito de permanência por mudanças de conjunturas políticas, que podem ocorrer em uma democracia representativa. Trata-se de garantir a dignidade humana de indivíduos que se deslocaram fugindo de ameaças às suas vidas, segurança e liberdade, os quais merecem a tutela mais eficaz possível pelo Estado que os recebe.

A pesquisa identificou evidências da possibilidade jurídica de reconhecimento do *status* de refugiado aos grupos de haitianos que chegaram ao Brasil, em face da ocorrência de graves e generalizadas violações de direitos humanos no Haiti pós-terremoto de 2010. Restaram adimplidos os requisitos erigidos pelo CONARE, ainda que estes fossem desprovidos de embasamento legal para figurarem como balizas de verificação da ocorrência ou não da condição jurídica de refugiado. É patente que os bens jurídicos da vida, segurança e liberdade da população haitiana em geral estavam sob risco, em razão das violações de direitos humanos que ocorriam dentro das fronteiras do país, o que os caracterizava como refugiados, conforme a Declaração de Cartagena de 1984.

O CONARE agiu de maneira equivocada ao deixar de reconhecer aos haitianos o *status*

de refugiados, uma vez que preenchiam os requisitos legais para tanto. No âmbito do CNIG, foi aplicada medida jurídica diversa que, apesar de aparentemente arrazoada, dissonava da obrigação imposta ao Estado brasileiro pela Lei 9.474/1997. Ademais, existe a possibilidade de reconhecimento do *status* de refugiados às vítimas de catástrofes ambientais, com amparo no atual ordenamento jurídico brasileiro. Tal aplicação somente é possível em casos específicos, quando o evento desencadeie graves e generalizadas violações de direitos humanos na totalidade do território do país atingido, como foi o caso do Haiti.

As adequações na definição de refugiado, trazidas pela Declaração de Cartagena de 1984, foram um avanço para a proteção dos deslocamentos humanos transfronteiriços no âmbito das Américas. Sua adoção implicou na superação de lacunas da definição de 1951, estabelecida pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, que limita a concessão da condição apenas para casos de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. O avanço da Declaração de Cartagena abriu um leque mais amplo para a proteção internacional de indivíduos que cruzam fronteiras por verem sua vida, segurança ou liberdade sob risco, razão pela qual essa concepção de refugiado alargada, pautada pelos direitos humanos, deve ser disseminada a ponto de superar o âmbito das Américas.

REFERÊNCIAS

ARCHIBOLD, R. C. Haiti: Quake's Toll Rises to 316,000. *The New York Times*, Nova Iorque, 13 jan. 2011. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2011/01/14/world/americas/14briefs-Haiti.html>. Acesso em: 29 dez. 2022.

BOLTON, M. B. *Human Security After Collapse: Global Governance in Post-Earthquake Haiti*. Londres: LSE Global Governance, London School of Economics and Political Science, 2011. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/32167/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. *Lei 9.474*, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 9 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Resolução Normativa nº 13 de 23 de março de 2007*. Brasília, 23 mar. 2007. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/resolucao-normativa-n-13do-conare-revogada-pela-resolucao-normativa-n-18.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. *Ata da 68ª Reunião Ordinária do Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, 11 mar. 2011. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/institucional/arquivos-atas/sei_mj_ata_68.pdf. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da I Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 9 fev. 2011. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/atas-de-reunioes#2011>. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da II Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 16 mar. 2011. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/atas-de-reunioes#2011>. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Ata da I Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Imigração*. Brasília, 8 fev. 2012. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/atas-de-reunioes#2012>. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Resolução Normativa nº 97 de 12 de janeiro de 2012*. Brasília, 12 jan. 2012. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Resolução Normativa nº 102 de 23 de abril de 2013*. Brasília, 23 abr. 2013. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/component/k2/item/11236-resolucao-normativa-n-102-de-23-de-abril-de-2013> Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Estudo de país de origem – Venezuela*. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei_mj-8757617-estudo-de-pais-de-origem-venezuela.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M. *Imigração e Refúgio no Brasil: Resumo Executivo; Relatório Anual 2020*. Série Migrações. Brasília: Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra); Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral, 2020. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>. Acesso em: 2 fev. 2022.

CASERT, R. EU nations pledge \$575 million for Haiti aid. *Associated Press*, Nova Iorque, 18 jan. 2010. Disponível em: https://web.archive.org/web/20100122211745/http://news.yahoo.com/s/ap/20100118/ap_on_re_eu/eu_eu_haiti. Acesso em: 6 jan. 2023.

CLARO, C. A. B. *A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php>. Acesso em: 9 set. 2022.

CLARO, C. A. B. O Conceito de “Refugiado Ambiental”. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). *“Refugiados Ambientais”*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://ufr.br/editora/index.php/editais?download=401:refugiados-ambientais>. Acesso em: 24 out. 2022.

COLÓQUIO DE CARTAGENA. *Declaração de Cartagena*. Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena das Índias, 22 nov. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 21 jan. 2023.

CRUZ Vermelha estima que 3 milhões foram afetados por terremoto. *VEJA*, São Paulo, 13 jan. 2010. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/cruz-vermelha-estima-que-3-milhoes-foram-afetados-por-terremoto/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

FAGEN, P. W. *Receiving Hatian migrants in the context of the 2010 earthquake: Discussion Paper*. Georgetown: The Nansen Initiative, 2013. Disponível em: https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/03/DP_Receiving_Haitian_Migrants_in_the_Context_of_the_2010_earthquake.pdf . Acesso em: 2 dez. 2022.

GODOY, G. G. O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar. In: RAMOS, A. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. (Orgs.). *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugueses/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf. Acesso em: 9 set. 2022.

GODOY, G. G. O que Significa Reconhecimento da Condição de Refugiado? In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugueses/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-9.474-97-2017.pdf>. Acesso em: 9 set. 2022.

HOLZHACKER, V. A Situação de Grave e Generalizada Violação aos Direitos Humanos como Hipótese para o Reconhecimento do Status de Refugiado no Brasil. In: JUBILUT, L. L.; GODOY, G. G. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/1997*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugueses/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-9.474-97-2017.pdf>. Acesso em: 9 set. 2022.

HOLZHACKER, V. O Conceito de Refugiado no Direito Internacional. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). *“Refugiados Ambientais”*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://ufr.br/editora/index.php/editais?download=401:refugiados-ambientais>. Acesso em: 24 out. 2022.

JACOBO, G. Haiti entra em nova espiral de caos e violência política. *El País*, Cidade do México, 8 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-09/haiti-entra-em-nova-espiral-de-violencia-politica-e-caos-social.html#?rel=mas>. Acesso em: 6 fev. 2023.

JESUS, Rodrigo Weber de; DEL VECCHIO, Victor Antonio. O reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes na lei de migração. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 115, jan./dez. 2020, p.533-553.

LAMBERTUCCI, C. “É preciso aguentar para sobreviver”: o drama dos haitianos na fronteira dos Estados Unidos. *El País*, Del Rio, 21 set. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-21/e-preciso-aguentar-para-sobreviver-o-drama-dos-haitianos-na-fronteira-dos-estados-unidos.html>. Acesso em: 15 fev. 2023.

LEÃO, R, Z, R. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI. In: BARRETO, L. P. T. F. (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf. Acesso em: 6 fev. 2023.

MESSNER, J. J. *Failed States Index 2011*. Washington: The Fund for Peace, 2011. Disponível em: https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/failed_states_index_2011.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

MUCKE, P.; RADTKE, K. *World Risk Report 2011*. Berlim: Bündnis Entwicklung Hilft (Alliance Development Works), 2011. Disponível em: https://collections.unu.edu/eserv/UNU:2046/WorldRiskReport-2011_online_EN.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

NETTO, C. C. B. *Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9834/1/Claudio%20Cerqueira%20Bastos%20Netto_total.pdf. Acesso em: 24 out. 2022.

OAS member nations donate 170 million dollars to Haiti. *Xinhua*, Beijing, 17 jan. 2010. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/haiti/oas-member-nations-donate-170-million-dollars-haiti>. Acesso em 6 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951*. Genebra, 28 jul. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 21 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1529 do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. S/RES/1529, 2004. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1529>. Acesso em: 7 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1542 do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. S/RES/1542, 2004. Disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1542>. Acesso em: 7 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

PEREIRA, L. D. D. Uma visão brasileira do conceito “refugiado ambiental”. In: RAMOS, A. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. (Orgs.). *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-deACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf. Acesso em: 9 set. 2022.

PINTO, S. R. Haiti: uma História de Emigração e Vulnerabilidades anteriores ao Terremoto de 2010. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). *“Refugiados Ambientais”*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://ufr.br/editora/index.php/editais?download=401:refugiados-ambientais>. Acesso em: 24 out. 2022.

PRESIDENTE do Haiti é assassinado a tiros em casa. *G1*, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/07/07/presidente-do-haiti-e-morto-em-ataque-anuncia-primeiro-ministro.ghtml>. Acesso em: 6 fev. 2023.

RODRIGUES, V. M. A Migração de haitianos para o Brasil no contexto do terremoto de 2010. In: JUBILUT, L. L. et al (Orgs.). *“Refugiados Ambientais”*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018. Disponível em: <https://ufr.br/editora/index.php/editais?download=401:refugiados-ambientais>. Acesso em: 24 out. 2022.

ROSSI, A. Crise na Venezuela: o que é o Grupo de Lima, que reúne representantes de 14 países. *BBC News Brasil*, São Paulo, 25 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47339120>. Acesso em: 14 jan. 2022.

SILVA, G. J. et al. *Refúgio em Números: 6ª Edição*. Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra); Ministério da Justiça e Segurança Pública, Comitê Nacional para os Refugiados: Brasília, 2021. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/refugio-em-numeros>. Acesso em: 2 fev. 2023.

SILVA, J. C. L.; PADILHA, N. S. O visto humanitário para os haitianos: a ausência de uma política migratória e seus novos parâmetros na atual Lei de Migração brasileira. In: *Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. São Luís. Florianópolis, CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/27ixgmd9/i4invnyf/xFdk3rX9pDSUwmMx.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

TRINDADE, A. A. C. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013. Disponível em: <https://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 21 out. 2022.

U.N. chief calls on world to help crisis-hit Haiti. *CNN*, Atlanta, 13 jan. 2010. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2010/WORLD/americas/01/13/haiti.quake.world.reaction/index.html>. Acesso em: 06 jan. 2023.

VIDIGAL, C. E.; DORATIOTO, F. *História das Relações Internacionais do Brasil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2021.

Recebido em: 28.03.2023

Aprovado em: 16.10.2024

Como citar este artigo (ABNT):

KRUG, Breno Kitzmann; MOREIRA, Felipe Kern. A condição jurídica de refugiado dos haitianos deslocados ao Brasil após o terremoto de 2010. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.136-157, set./dez. 2023. Disponível em: [hhttps://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/10/DIR51-08.pdf](https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/10/DIR51-08.pdf). Acesso em: dia mês. ano.

