



REVISTA DE
**DIREITO E
ATUALIDADES**

janeiro/junho 2022

**EDIÇÃO 04
VOLUME 02**

DEBATES JURÍDICOS



ISSN: 2763-9630

idp

Editores-chefe:

Janete Ricken

João Paulo Branco

Conselho editor:

Carol Bello

Davi Galletti

João Pedro Fonseca

João Pedro Pacheco

Laura Granja

Rafael Branco

Conselho Consultivo:

Alexandre Arlota

Ana Paula Carvalhal

Breno Magalhães

Carlos Elias

Carolina Lacerda

Daniel Falcão

Danilo Vieira

Denise Tavares

Fábio Quintas

Flávio José Roman

Fernando Natal

Flávio Jardim

Gilmar Mendes

Janete Barros

João Trindade

João Paulo Bachur

Jorge Paschoal

Marcelo do Val

Marcus Caldeira

Mateus Rocha

Paulo Catta Preta

Paulo Gonet Branco

Paulo Roberto Iotti

Pedro Wambier

Raphael Arnaud

Rodrigo Becker

Rodrigo Mudrovitsch

Rodrigo Numeriano

Ticiano Figueiredo

Ulisses Schwarz

Vicente Coelho

SUMÁRIO

CARTA EDITORIAL

Janete Ricken

João Paulo Branco.....06

ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Paulo Gustavo Gonet Branco.....07

INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO E TECNOLOGIA NA PERSPECTIVA DE MODELOS DE ODRs BASEADOS EM BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS

INTERSECTION BETWEEN LAW AND TECHNOLOGY FROM THE PERSPECTIVE OF ODR MODELS BASED ON BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS

Thais Diniz Coelho de Souza17

O SENADO NORTE-AMERICANO E SEU *JUDICIARY COMMITTEE*: IMPACTOS DA FISCALIZAÇÃO POLÍTICA NO JUDICIÁRIO

THE UNITED STATES SENATE AND ITS JUDICIARY COMMITTEE: IMPACTS OF POLITICAL CONTROL ON THE JUDICIARY

Antonio Ali Brito45

DIFERENÇAS BENÉFICAS NO DIREITO MATERIAL TRABALHISTA DOS EMPREGADOS PORTUÁRIOS EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS REGIDOS EXCLUSIVAMENTE PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

BENEFICIAL DIFFERENCES IN THE MATERIAL LABOR LAW OF PORT EMPLOYEES IN RELATION TO EMPLOYEES GOVERNED EXCLUSIVELY BY THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS

Fernanda Quinderé Tavares Batista

Wisllen Ezequiel Conceição Cunha.....59

A IMPRENSA DO SÉCULO XXI SOB A ÓTICA DE NEW YORK TIMES V. SULLIVAN

THE 21ST CENTURY PRESS THROUGH NEW YORK TIMES V. SULLIVAN

João Marcos de Carvalho Pedra.....73

DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO E OS IMPACTOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ADMINISTRATIVE LAW OF FEAR AND THE IMPACTS ON PUBLIC POLICIES

José Mário Vipievski Júnior

Maria Luiza Millani94

ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA: UM ESTUDO ACERCA DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

REVERSE PARENTAL ALIENATION: A STUDY ABOUT THE APPLICABILITY OF THE CIVIL LIABILITY INSTITUTE

Lis Cunha Lamarão

Vitória Coutinho Brunini

Karen Richardson Rocha120

A EVOLUÇÃO DAS MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL NO ESTADO BRASILEIRO À LUZ DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE EVOLUTION OF DEATH RESULTING FROM POLICE INTERVENTION IN THE BRAZILIAN STATE IN THE LIGHT OF DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Thiago da Cunha Brito

Francisco Mattos Filho

Carina Cardoso da Cunha142

Carta Editorial

A Revista de Direito e Atualidades (RDA) – projeto oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) –, idealizada por alunos da graduação do IDP, segue firme no propósito de proporcionar espaço de divulgação das recentes pesquisas científicas sobre o Direito, com o intuito de incentivar e aprofundar debates acadêmicos.

A Revista entra em seu segundo ano de existência e apresenta sua quarta edição, que reúne artigos dos mais variados temas do mundo jurídico, com enfoque especial para o Direito Comparado.

Ofertamos à comunidade acadêmica os artigos aprovados pelo processo do *Double-Blind Peer Review*, avaliados pelos pareceristas que integram a equipe da Revista, além de um artigo oferecido pelo professor Paulo Gustavo Gonet Branco, Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

Diante de todo o material reunido nesta edição e de todo o esforço depositado pela Equipe Editorial, a Revista almeja cumprir a contento seu propósito de estimular a pesquisa, o pensamento crítico e a produção acadêmica. É com muito orgulho que apresentamos o resultado do trabalho realizado no primeiro semestre de 2022.

Com os votos de uma proveitosa leitura,

Janete Ricken e João Paulo Branco

ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Paulo Gustavo Gonet Branco¹

Resumo: o artigo analisa as características do ativismo judicial, traçando as origens da própria expressão. Expõe e analisa as apreciações críticas do fenômeno. Assinala a proximidade da prática do ativismo com a doutrina atual dos direitos fundamentais, especialmente no que tange ao aspecto da sua concretização e o papel do Judiciário nesse esforço.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Democracia. Jurisdição constitucional.

Abstract: the article analyzes the characteristics of judicial activism, tracing the origins of the expression itself. It exposes and analyzes the critical appraisals of the phenomenon. It points out the proximity of the practice of activism with the current doctrine of fundamental rights, especially with regard to the aspect of its realization and the role of the judiciary in this effort.

Key words: Fundamental rights. Judicial activism. Democracy. Judicial review.

Sumário: Introdução. 1. Origem. 2. A marca impregnante da superficialidade. 3. Um traço comum entre as visões enaltecidas e críticas do ativismo e o que as distingue na prática. 4. Ativismo e separação de poderes na constituição de 1988. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Ao lidar com a concretização de direitos fundamentais, não raro as jurisdições constitucionais recebem a qualificação de “ativistas”. O mais frequente é que a adjetivação se dê num contexto de inconformismo. Mas também entre integrantes de altos tribunais e mesmo em trabalhos acadêmicos se ouvem aplausos ao “ativismo” atribuído a uma deliberação judicial, especialmente quando viabiliza o exercício e uma mais ampla compreensão de um direito fundamental tido por negligenciado nos espaços políticos.

¹ Doutor em Direito (UnB). Professor do mestrado/doutorado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Subprocurador-Geral da República.

Como é dado suspeitar, a expressão “ativismo judicial” é empregada com sentidos diversos nesses casos. Os termos, entretanto, ingressaram, sobretudo neste milênio, de modo definitivo na nossa linguagem, tanto leiga como técnica. Observatórios universitários e grupos de pesquisas de pós-graduação – tanto em faculdades de Direito como de Ciências Políticas – se dedicam ao exame da sua extensão e dos seus efeitos para a normalidade do sistema democrático. Analistas de diários e semanários da imprensa não recuam diante da força retórica que a conjugação das duas palavras exerce sobre quem as encontra referidas a uma decisão específica ou a uma tendência de algum tribunal. No parlamento e no Executivo, o ativismo judicial serve, da mesma forma, para discursos de ocasião ou para designar situações indicadas como dignas de mobilizar forças políticas partidárias. Mesmo no Judiciário, quem quiser se dedicar a rápida pesquisa, haverá de se deparar com acórdãos que fustigam decisões recorridas por serem ativistas, como outros tantos que justificam posições à conta de representarem um ativismo reclamado pela sociedade.

Percebe-se que não há uniformidade na atribuição de sentido a essa locução que ganhou extraordinário alento retórico no quotidiano jurisdicional, político e acadêmico. É sempre conveniente, portanto, buscar um ponto de partida para a análise das decisões tidas como ativistas numa tentativa de conceituar esse fenômeno. É de prudência recomendável também que quem se lance a essa tarefa não espere facilidades.

1. ORIGEM

É comum apontar que a expressão tem a sua origem nos Estados Unidos. Teria sido cunhada por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., num artigo para leigos, estampada numa revista de variedades, *Fortune*, edição de janeiro de 1947, entre propagandas de whisky e de loção pós-barba, sem intenções científicas nem de crítica especializada. Não deixa, igualmente, de ser curioso que a expressão, nos Estados Unidos, irrompa vitoriosa no vocabulário uma década depois de considerável período de intensa e ácida interferência da Suprema Corte sobre escolhas políticas do Congresso Nacional.² Até então, não se havia descoberto a fórmula lapidar

² Refiro-me à era *Lochner*, que se estendeu de 1905 até a superação do precedente, conhecido com o mesmo nome, no caso *West Coast Hotel*, de 1937. Basicamente, a Suprema Corte, no período, abateu sistematicamente a legislação social levada ao seu conhecimento, em nome da autonomia de contratar, que estaria entrincheirada na cláusula constitucional do devido processo legal substantivo. A propósito,

que a revista de variedades apresentou, já numa fase muito menos conflituosa entre os poderes políticos e o Judiciário.

Schlesinger descreveu as antipatias que os juízes da Suprema Corte nutriam entre eles próprios. O critério básico de animosidade estaria na identificação de cada um dos *Justices* no grupo dos campeões da autocontenção ou na turma dos ativistas judiciais. As denominações empregadas não buscavam embasamento em pesquisas analíticas requintadas. Não deixa de ser significativo, de toda sorte, que as características vinculadas ao modo de decidir de um e de outro grupo ainda sejam atuais – tanto no que se lhes assoma como intuitivo como no que ressentem da falta de necessário enraizamento metodológico.

Os polos foram estremados por Schlesinger segundo a concepção que os animava quanto à tarefa do Judiciário numa democracia (KMIEC, 2004, pp. 1446-1449). O grupo dos ativistas acreditava que a Suprema Corte deveria desenvolver “um papel afirmativo na promoção do bem-estar social”, empregando o poder de julgar “em prol da sua concepção de bem social”. A Corte seria “um instrumento para alcançar os resultados sociais que [os juízes] achavam ser os desejados”, até porque, afinal, direito e política seriam inseparáveis. Além disso, “os artifícios do raciocínio jurídico, a ambiguidade dos precedentes, a indefinição da doutrina, tudo leva a que, na maior parte dos casos, a diferença de opiniões dos juízes seja invariavelmente tida como razoável, no contexto do tecido lógico do Direito”. Schlesinger arremata o modo de ver dos ativistas, resumindo que, para eles, “a Corte não pode escapar da política; que use, então, o seu poder político para propósitos sociais saudáveis”.

O grupo dos partidários da autocontenção abre para os poderes políticos uma margem ampla para avaliações e deliberações em torno do bem comum e de fins sociais, que torna legítimas soluções com as quais os juízes, eles próprios, possam não vir a concordar. O papel da Corte seria o de “permitir que outros ramos do Poder Público obtenham os resultados que o povo deseja, quer isso leve a uma melhoria da sua situação ou a uma piora”. O papel do Judiciário seria limitado. Partem do pressuposto de que as leis têm um sentido objetivo e que não seria apropriado dele se apartar para favorecer os interesses de qualquer grupo social. Para eles, as leis “não são vasos vazios”. Além disso, segundo os defensores da autocontenção, “se o legislativo cometer erros, cabe a ele os remediar; qualquer outra intervenção emascularia a

essa mesma cláusula é tida como entronizada, no Brasil, pelo constituinte de 1988, no art. 5o, LIV, da Constituição.

democracia, por encorajar o Legislativo a agir irresponsavelmente, escoltado numa expectativa de que os tribunais virão podar os seus excessos” (KMIEC, 2004, pp. 1448-1449).³

Bastam esses trechos para que identifiquemos prontamente a atualidade das perspectivas que movem as mesmas posições opostas que hoje se defrontam exatamente sobre o papel da jurisdição constitucional. Continuam a ser vistos como confrontantes o lado dos que vêem o papel da jurisdição constitucional de agente impulsionador da História, segundo uma pré-compreensão dos seus integrantes sobre o que é o melhor para a sociedade (e acaso para a humanidade), e o lado daqueles que preferem que decisões vitais para a sociedade sejam deixadas à representação política democrática.

Bastam também esses trechos para que se perceba que a análise está longe de ser suficiente para um enquadramento preciso de decisões numa ou noutra vertentes. Afinal, continua a não haver um critério exato de definição dos critérios que podem ser declinados para apontar uma decisão como ativista ou como democraticamente deferente aos poderes políticos. Se há algo inequívoco em toda essa descrição é justamente a ambiguidade dos termos empregados por Schlesinger. Seria, entretanto, excessivo esperar do artigo uma ordem de perquirição dessa altura. O que surpreende é que tantos anos passados continue a se presenciar tanta discussão arrancada de conceito mal definido por seus debatedores.

2. A MARCA IMPREGNANTE DA SUPERFICIALIDADE

Ao que parece, a marca da superficialidade do artigo na revista de variedades terá impregnado o emprego dos termos ali reunidos pioneiramente com a mesma essência da equivocidade e trivialidade.

A expressão, porém, pela sua apenas aparente nitidez, ganhou público. Contam-se na casa das dezenas de milhares os artigos em revistas especializadas americanas e, em proporção

³ Kmiec transcreve um diálogo que Schlesinger teria imaginado entre um *justice* da linha da autocontenção e um juiz ativista: “O juiz da autocontenção diz: o Legislativo editou a lei; ele que a revogue. A resposta do ativista é: dadas as circunstâncias políticas atuais, ele não vai rever a lei – pelo menos não vai antes que um dano, possivelmente irreparável, seja sofrido por pessoas indefesas; por isso, a Corte tem que agir. O juiz da autocontenção replica: você está fazendo justamente o que nós condenamos no passado do nosso Tribunal, está praticando usurpação judicial. O ativista torna à carga: nós não podemos confiar num eleitorado crescentemente conservador para proteger os desvalidos ou para garantir os direitos humanos básicos; estaríamos traindo o espírito e o propósito da Constituição se não interviéssemos”.

menor, brasileiras, que se valem da expressão “ativismo judicial”, sem, tantas vezes, contudo, sequer lhe reconhecer o trato consideravelmente escorregadio.

As concepções díspares e desarticuladas do fenômeno levam doutrinadores americanos a negar tanto seriedade como utilidade às palavras conjugadas displicentemente na revista popular de 1947. Adverte-se que os que pretendem entender a discussão veem-se inclementemente desamparados do ponto de vista metodológico, numa “babel desconexa” (CANON, p. 239). Daí, o conselho para que se evite o emprego da expressão *ativismo judicial*, desdenhada por ser “irremissivelmente banal”, “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda” (GREEN, 2009, p.198).

Como quer que seja, o fato é que a expressão ganhou adesão geral e, fazendo jus ao seu polimorfismo, nem mesmo apresenta coloração ideológica firme, por isso que tanto se cogita de ativismo conservador como liberal, de direita ou de esquerda.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência iniciada com o caso *Lochner*, de 1905, em que a Suprema Corte impôs aos Poderes Legislativo e Judiciário a sua visão de que a Constituição americana assumira o modelo político-econômico do *laissez-faire*, é vista como exemplo característico de ativismo conservador.⁴

Por outro lado, o ativismo ganhou feitiço liberal, quando a Suprema Corte se lançou à pauta dos direitos civis, durante as presidências dos *Justices* Warren (1953-1969) e Burger (1969-1973).

Voltou, adiante, a ser conservadora, ao arbitrar as eleições de 2000, entre Bush e Gore. Os descontentes com essas decisões não hesitam em dizê-las ativistas.

Predomínio da acepção negativa da expressão

Se o “ativismo judicial” não tem filiação ideológica no plano da tradicional oposição entre esquerda e direito, não menos verdade é que costuma ser verbalizado em tom de desaprovação crítica (DWORKING, 1999, p. 451-452).⁵

É certo que, logo depois de introduzida no linguajar dos norte-americanos, a expressão apontava para um significado positivo. Keenan Kmiec relata que teria um equivalente, hoje,

⁴ Esse momento, que durou até 1937 (caso *West Coast Hotel v. Parish*), assustou o observador francês, Édouard Lambert, que o descreveu com linhas estarrecidas, no livro “*Le Gouvernement des Juges*”, de 1921, influente para que se assentasse franca repulsa da doutrina e dos órgãos políticos franceses ao controle jurisdicional das leis.

⁵ Dworkin, por exemplo, repudia o ativismo, que entende inconciliável com a sua concepção de direito como integridade, na medida em que traduziria um “pragmatismo virulento”, um meio de o juiz “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

nos termos prestigiosos de “ativista dos direitos humanos”, muito mais do que, na ideia de “juiz que abusa da sua autoridade”, com a qual passou a ser predominantemente associada, nos Estados Unidos, já em meados dos anos 1950 (KMIEC, 2004, pp.1451-1452).

No Brasil, prevalece o conteúdo depreciador da expressão, embora, com muita frequência, se encontrem autores e magistrados defendendo altivamente o que denominam de ativismo judicial. O que se percebe, sem muito esforço, é que, também entre nós, falta uma visão unificada do significado que cada participante do debate público relaciona à expressão.

No plano dos que rejeitam a legitimidade do ativismo entre nós, ressalta-se Elival da Silva Ramos (2010, p.313), que predica ao fenômeno a qualificação de “insidioso descaminho”, expressão da “descaracterização da função típica do Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes” (RAMOS, 2010, p. 129).

Já o emérito decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, defendeu o ativismo judicial, afirmando que a Corte o exerce por imposição implacável “da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República”. Mostra-se persuadido de que “o chamado *ativismo judicial* é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo” (CONJUR, 2010, p.77).

O que parece ser uma radical contraposição de juízos, no campo valorativo, do fenômeno do ativismo judicial, não o é, na realidade. O que se flagra aqui é, antes, uma ilustração eloquente dos múltiplos usos da expressão nos discursos públicos.

Em ambas as manifestações, à primeira vista discordantes, nota-se uma característica comum. Nenhuma delas defende que o Judiciário possa desprezar a Constituição, à guisa de fazer justiça. Nenhuma prega um retorno ao solipsismo do “bom juiz Magnaud”.

O Ministro Celso de Mello defende, entretanto, que os instrumentos criados pela Constituição sejam utilizados para suprir omissões inconstitucionais, vendo nisso função que a Constituição de 1988 tornou própria do Judiciário. Se assim é, decisões dessa ordem não seriam intrusivas sobre funções típicas dos poderes políticos. Não expressariam, portanto, conduta censurável.

Eventual divergência, claro, poderá advir da compreensão dos intérpretes da Constituição sobre o que seria inerente ao poder de decisão da Suprema Corte.

3. UM TRAÇO COMUM ENTRE AS VISÕES ENALTECEDORAS E CRÍTICAS DO ATIVISMO E O QUE AS DISTINGUE NA PRÁTICA

Se compararmos as duas vertentes que se referem à expressão *ativismo judicial*, será possível observar que a que o censura o faz porque a liga a exercício extravagante da competência do Judiciário. A corrente que o enaltece, por seu turno, não propugna que o Judiciário atue fora dos seus limites de competência; apenas entende que a Constituição deve ser interpretada com largueza, na hora de se definir a competência da jurisdição constitucional.

Ambas as perspectivas, portanto, repelem a atuação dos tribunais discordante dos limites constitucionais das suas atribuições. Diferenciam-se, na realidade, porque a que repudia o ativismo vê o fenômeno caracterizado com base numa compreensão mais estrita dos limites de atuação do Tribunal; a outra corrente chama de ativismo uma atuação dentro dos limites constitucionais de competência, quando compreendidos segundo interpretação mais elaborada da Constituição.

O problema está em demarcar as fronteiras das ações próprias do Judiciário.

Se se pretende criticar o ativismo no plano interno de uma ordem constitucional, é inevitável que se leve em conta o desenho de separação de poderes que a ordem particular traçou. Não parece produtivo, nesse plano mais positivo da análise, tomar como parâmetro crítico uma visão abstrata e a-histórica da separação dos poderes, muito menos uma perspectiva de relacionamento entre poderes tecida em outra latitude geográfica ou em outra dimensão cronológica.

A dimensão de separação de poderes que conduzirá a uma análise crítica de interesse prático do fenômeno do ativismo há de ser aquela ideada pelo constituinte. Se se quiser usar a expressão *ativismo judicial* entre nós com alguma consistência, o exame do desenho de independência dos poderes e de inter-relacionamento entre eles concebido em 1988 não pode ser negligenciado.

4. ATIVISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O constituinte brasileiro de 1988 certamente não se viu dirigido pela obsessão de reproduzir, com fidelidade servil, o modelo que Locke ou Montesquieu tinham em seus

espíritos quando dissertaram a respeito da separação de poderes. As atribuições de competência ao Judiciário nacional são únicas na história republicana brasileira, e não pretendem ser o espelho de algum equacionamento engendrado concretamente em algum outro país.

Assim, se a própria existência do controle jurisdicional de constitucionalidade é sentida nos EUA, em si mesma, como uma expressão antiga de ativismo — já que a Constituição de lá não prevê expressamente o mecanismo, nem tampouco declara a Suprema Corte guardiã da Carta —, no Brasil, o exercício do controle, em si mesmo, integra textualmente o domínio das atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode deixar de levar em conta, ainda, o caráter dirigente imprimido à ordem constitucional brasileira, referta de princípios e valores que demandam complementação e concretização legislativa e administrativa. Uma Constituição com essas características dá ensejo a frequentes instâncias de judicialização da política — que, em si mesma, não coincide com o fenômeno do ativismo judicial, mas contribui para torná-lo mais frequente, dando, por vezes, a casos duvidosos a aparência de justificáveis.

Essa *materialização* da Constituição, somada ainda à expressa competência conferida à jurisdição constitucional para resolver omissões inconstitucionais, lança o Tribunal em campo que tradicionalmente estava rigorosamente circunscrito à atuação dos Poderes dotados de legitimidade democrática-representativa.

Essa arquitetura particular de pontes e barreiras entre Poderes é direito positivo e segui-la não pode ser visto como acinte à separação de poderes. Não é dado, em consequência, enxergar no desempenho dessas novas tarefas confiadas ao Judiciário fenômeno a ser escarmentado com a designação negativa de *ativismo judicial*.

De toda forma, não há negar que a definição das competências do Judiciário pelo próprio Judiciário pode ensejar ímpetos associados ao ativismo. São, portanto, não poucas as armadilhas das aparências contra as quais o observador deve-se precaver ao se lançar no lodoso terreno das qualificações de ativistas atribuídas a julgados da jurisdição constitucional.

CONCLUSÃO

Não se pode, enfim, perder de vista que é inevitável que a jurisdição constitucional opere no plano legislativo, onde quer que seja instituída. Não mais ocorre seriamente a ninguém que se possa esperar do juiz que apenas “aplique” o direito, sem contribuir para a sua expansão de

significado em algum grau. O problema central é outro; desloca-se para a medida dessa atividade criativa em cada momento e em cada circunstância. É nesse passo que se lança à vista do observador a problemática da tensão típica entre constitucionalismo e democracia representativa, com todas as suas perplexidades, que há décadas desafiam, com a voragem da proverbial Esfinge, os que acreditam poder esclarecê-las.

Se a solução para o enigma não se mostra no horizonte das ideias assentadas, ao menos é possível discernir, uma vez melhor compreendida a realidade subjacente ao fenômeno do ativismo judicial, situações em que, com mais clareza, se possa identificá-lo.

Em termo amplos, cabe a censura de ativismo quando a jurisdição constitucional se substitui, sem competência para tanto, a uma decisão que, no sistema de separação de poderes, é esperada que seja estabelecida pelos poderes dotados de representação democrática.

Cabe especialmente ao Legislativo a função precípua de formatar a ordem jurídica mediante escolhas que se compreendam nos marcos admitidos pela Constituição – atividade que, evidentemente, pressupõe a legitimidade do Legislativo para interpretar a Constituição. Sendo esse o quadro, haverá atuação desbordante da competência da jurisdição constitucional nos casos em que as instâncias políticas deliberarem, a partir de uma interpretação/concretização da Constituição passível de ser considerada pela cidadania informada como razoável, e, mesmo assim, vierem a esbarrar numa censura judicial.

Sabe-se que da interpretação/aplicação das normas constitucionais pode resultar, conforme as circunstâncias, soluções *discursivamente necessárias*, *discursivamente impossíveis* ou *discursivamente possíveis*.

Cabe, decerto, à jurisdição constitucional criticar as deliberações dos poderes políticos, especialmente as do legislador, quando se mostra certo o dever de agir ou de não agir e as instâncias políticas assumirem comportamento oposto.

Naqueles casos, contudo, em que a Constituição franqueia interpretação que acolhe razoavelmente a deliberação dos órgãos políticos, o princípio formal da democracia representativa impõe-se como limite à ação corretiva da jurisdição constitucional. Nessas ocasiões, há que se admitir o que Alexy denomina de “margem de ação epistêmica” em favor do legislador, “reconhecendo-lhe a competência para determinar, dentro de um certo contorno, o que está ordenado e proibido e o que é facultado, de acordo com os direitos fundamentais” (BRANCO, 2009, p. 183.)

Decerto que essas balizas teóricas, traçadas para estremar o ativismo da atuação funcionalmente adequada do juiz constitucional, não compõem um algoritmo infalível para a

crítica precisa de toda e qualquer decisão judicial. Descobrir quando uma solução é, efetivamente, apenas possível – e não necessária ou terminantemente proibida –, envolve, de seu turno, dificuldades não menos complexas no plano argumentativo. Ao menos, porém, a compreensão menos imprecisa das realidades jurídicas envolvidas no assunto auxilia a desmitificar certas narrativas epidérmicas ou mesmo enganadas sobre o ativismo judicial. Precisar-lhe sempre mais os contornos contribui para que críticas e elogios à atuação específica da jurisdição constitucional sejam mais consistentes e produtivos.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 183.

CANON, Bradley. Judicial Activism. *Judicature*, vol. 66, 1982-1983.

Consultor Jurídico. Anuário da Justiça de 2010, 2010, p. 77.

DWORKING, Ronald. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, vol. 58, 2009.

KMIEC, Keenan. The Origin and Current Meaning of ‘Judicial Activism. *California Law Review*, California, n. 5, pp. 1442-1476, 2004.

RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313

INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO E TECNOLOGIA NA PERSPECTIVA DE MODELOS DE ODRs BASEADOS EM BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS

INTERSECTION BETWEEN LAW AND TECHNOLOGY FROM THE PERSPECTIVE OF ODR MODELS BASED ON BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACTS

Thais Diniz Coelho de Souza¹

Resumo: o presente artigo visa verificar a possível interseção entre o ecossistema de arquitetura blockchain com o sistema modelos de soluções digitais de disputa ou Online Dispute Resolution (ODR). Tanto as arquiteturas blockchain quanto os modelos de ODR surgiram e se estabeleceram, inicialmente, em um contexto de economia digital, com objetivos similares de gestão de conflitos, promovendo segurança, eficiência e confiabilidade. A total inexistência de conflitos e a desnecessidade de medidas externas às plataformas blockchain não se mostraram como uma realidade no ecossistema da economia digital, existindo daí uma demanda por modelos de solução desses conflitos. O objetivo deste artigo é verificar de que forma essa arquitetura se relaciona com o campo da solução de conflitos, servindo tanto como uma tecnologia que permite o desenvolvimento de novos modelos de solução de conflito – ODR por blockchain – como também com uma fonte de demandas para a solução dos conflitos advindos de relações estabelecidas por intermédio da arquitetura blockchain – ODR para blockchain. Para a compressão da legitimidade desses modelos de solução de conflitos, para e por blockchain, analisou-se de que forma institutos jurídicos vêm sendo reformados ante o advento de métodos alternativos ou adequados de solução de conflito, bem como modelos de ODRs. Verificou-se que, no contexto nacional, houve uma reinterpretação de noções jurídicas clássicas para que se garantisse a legitimidade de modelos de solução de disputas novos, contudo, muito embora haja expectativas positivas com relação a modelos de ODRs no geral, os modelos de ODR para e por blockchain, por suas particularidades, apresentam desafios quanto à sua legitimidade e validade ainda não exploradas.

Palavras-chave: Blockchain; Smart contract; Online Dispute Resolution – ODR; Alternative Dispute Resolution – ADR; Jurisdição.

Abstract: This article aims to verify the possible intersection between the blockchain architecture ecosystem with the system of digital dispute solutions models or Online Dispute Resolution (ODR). Both Blockchain architectures and ODR models emerged and established themselves, initially, in a context of digital economy, with similar goals of conflict management, promoting security, efficiency and reliability. The total inexistence of conflicts and the lack of external measures to blockchain platforms did not prove to be a reality in the digital economy ecosystem, hence there is a demand for models to solve these conflicts. The purpose of this article is to verify how the blockchain architecture relates to the field of conflict resolution, serving both as a technology that allows the development of new conflict resolution models, ODR by blockchain, as well as a source of demands for its resolution of conflicts arising from relationships established through blockchain architecture, ODR for blockchain. To compress the legitimacy of these conflict resolution models, for and by blockchain, it was

¹ Thais Diniz Coelho de Souza, Columbia University in the City of New York, Nova Iorque, Estados Unidos.
Email: td2718@columbia.edu

analyzed how legal institutes have been reformed in the face of the advent of alternative or adequate conflict resolution methods, as well as ODR models. It was found that in the national context there was a reinterpretation of classical legal notions to ensure the legitimacy of new dispute resolution models, however, although there are positive expectations regarding ODR models in general, ODR models for and by blockchain, due to its particularities, presents challenges regarding its legitimacy that have not yet been explored.

Keywords: Blockchain; Smart contract; Online Dispute Resolution – ODR; Alternative Dispute Resolution – ADR; Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Os novos modelos de negócios, transações e interações que ocorrem em uma economia digital trouxeram consigo desafios relativos à segurança, confiabilidade, eficiência e prevenção de riscos e conflitos. A busca de solução para esses desafios foi a mola propulsora de dois fenômenos paralelos: de um lado, surgiram, no ambiente e-commerce, as primeiras iniciativas para que as soluções de conflitos se dessem integralmente em um ambiente digital e sem a intervenção da jurisdição estatal, as *Online Dispute Resolution* (ODR), e, de outro, no setor de transações financeira, deu-se o surgimento de arquiteturas computacionais para transações seguras sem a necessidade de um terceiro para conferir-lhes segurança ou efetividade, denominadas *blockchain*.

Não existe uma relação imediata entre o surgimento de modelos de ODRs e da arquitetura blockchain, contudo, é possível reconhecer similitudes quanto aos objetivos e contexto comum de ambas. Ante essas semelhanças, é clara a possibilidade de interseção entre esses dois ecossistemas, a qual se materializa em modelos de resolução de conflitos baseados na tecnologia *blockchain*, bem como modelos de ODR que se voltem para a solução de conflitos decorrentes de relações estabelecidas parcial ou integralmente por blockchains, havendo, ainda, um grande potencial de novos modelos e iniciativas.

Contudo, a interseção entre o âmbito do *blockchain* e do ODR estabelece, por sua vez, uma terceira relação, dessa vez com o âmbito do direito ou da jurisdição estatal no que se refere à solução de conflitos e à força executiva. O objetivo deste artigo é analisar a legitimidade e a validade de modelos de prevenção e solução de conflitos perante o ordenamento jurídico.

É certo que as definições jurídicas vêm sofrendo reinterpretações no contexto nacional em decorrência de uma situação de fomento de métodos de solução de conflitos diversos do modelo tradicionalmente adotado pela jurisdição estatal e de uma necessidade de superar a estrutural crise do sistema de justiça. Paralelamente a isso, modelos de ODR já vêm sendo

utilizados e o seu impacto e possibilidades são explorados no campo teórico. Minha hipótese é a de que os modelos de ODR baseados em *blockchain* encontram sua legitimidade viabilizada pelas recentes mudanças no âmbito teórico dogmático, bem como tendo em vista a já existência de ODR em outros formatos.

Em um primeiro momento, sintetizo tanto o contexto do surgimento quanto as noções básicas sobre *blockchains*. Em seguida, analiso, brevemente, o contexto nacional relativo aos métodos de solução de conflitos diversos da jurisdição estatal e a aplicação de noções jurídicas tradicionais a esse novo contexto, além do ecossistema de ODRs no contexto atual.

Conhecidos os contextos gerais e conceitos essenciais, partirei para a análise das *blockchains* e *smart contracts* como tecnologias, que podem ser meios pelos quais se previnem, se criam e se solucionam conflitos, nesse último caso, tornando-se as bases para o desenvolvimento de alguns modelos de ODR já existentes.

1 CONTEXTO GERAL E CONCEITOS BÁSICOS: ADVENTO DE MODELOS ODR E ARQUITETURA *BLOCKCHAIN* NA ECONOMIA DIGITAL

1.1 Economia digital e advento das ODRs no âmbito privado

O advento geral das ODRs (*Online Dispute Resolution*) e o uso das funcionalidades da tecnologia *blockchain* estão intimamente ligados à economia digital.

A tecnologia da informação permitiu transações comerciais pela internet, que, desde o princípio, trouxeram consigo questões relativas às eventuais disputas que dela poderiam advir. Aspectos concernentes a fraudes, verificações de contratos e transações e qual a jurisdição e lei aplicável aos contratos transnacionais se dão em concomitância ao desenvolvimento desse mercado. Os desafios diziam respeito tanto às novas formas de conflito, antes existentes em relações presenciais, como também à forma da sua solução, sobretudo naqueles que não se davam na mesma jurisdição (ANDRADE, 2021, p. 426).

As ODRs surgem, então, para endereçar essas disputas que se davam no âmbito do comércio internacional. Assim, inicialmente, esses sistemas visam endereçar disputas que ocorriam no ambiente virtual e ficariam excluídas das cortes ante o seu baixo valor ou desafios de definição de competência jurisdicional, por se tratarem de transações transfronteiriças (KOULU, 2018, p. 7).

Tais aspectos faziam com que a sua resolução por jurisdições estatais se mostrasse inadequada, seja pela dificuldade em se definir a jurisdição competente, seja pelo custo

desproporcional de ajuizamento em face do valor e da complexidade da transação. Assim, as primeiras plataformas foram desenvolvidas no âmbito privado para que empresas pudessem lidar com disputas consumeristas no ambiente de *e-commerce* (METZGER, 2019).

Nesse primeiro momento, os modelos de ODR guardam grande relação com métodos alternativos de solução de disputas – ADR (*Alternative Dispute Resolution*), por estarem baseados no consentimento das partes para integrá-lo (KOULU, 2018, p. 7), havendo, inclusive, certa noção de vinculação entre ambos (MOULIN, 2021).

Atribui-se ao Centro Nacional de Tecnologia e Resolução de Disputas (CNTRD), vinculado à Universidade de Massachusetts, a iniciativa do desenvolvimento das ODRs (MAIA; BECKER, 2019, p. 243), tendo aí o início² do projeto do sistema de resolução de conflitos, depois desenvolvido pela *startup Square Trade*, então utilizado pela plataforma de *e-commerce* Ebay, que encomendou o seu sistema de ODR.³

Nesse contexto, a *United Nations Commission On International Trade Law* (Uncitral) editou, em 2017, as “*Technical Notes on Online Dispute Resolution*”, cujo propósito é descrito nos seguintes termos:

Section I 5. The Technical Notes are intended for use in disputes arising from cross-border low-value sales or service contracts concluded using electronic communication.

Online dispute resolution: Section V 24. Online dispute resolution, or ‘ODR’, is a ‘mechanism for resolving disputes through the use of electronic communication and other information and communication technology’. (UN, 2017)

Assim, muito embora as ferramentas, os modelos e as práticas de ODR possam variar, todas têm em comum o uso da tecnologia para a resolução de conflitos, com o objetivo de melhorar a eficiência na gestão de conflitos (KOULU, 2018, p. 3). Ademais, as ODRs podem ser entendidas em duas perspectivas: a primeira, focando na resolução *on-line* de disputas

²“O National Center for Automated Information Research (NCAIR), em 1996, promoveu uma conferência sobre resolução de disputas online e resultou em 3 projetos experimentais: 1) O projeto Virtual Magistrate, que visava solucionar disputa entre provedores de serviços de Internet e usuários;) O Escritório de Ombudsman Online da Universidade de Massachusetts, que esperava facilitar a resolução de disputas na Internet em geral; 3) A Universidade de Maryland, que propôs verificar se a ODR poderia ser empregada em disputas familiares em que os pais estavam localizado à distância” (ANDRADE, 2021, p. 426-427).

³“[...] a empresa levou a mediação e a negociação online para ambiente específico do contrato virtual, medida que ampliou a taxa de sucesso das negociações” (ANDRADE, 2021, p. 427). “*The best-known Consumer ODR service is eBay (see Figure 1), which resolves 60 million disagreements every year. eBay offers two services: a free web-based forum which allows users to attempt to resolve their differences on their own or if necessary, the use of a professional (human) mediator*”. Ao lado do sistema desenvolvido pelo Ebay existem outros sistemas de ODR para questões consumeristas, como Modria.com, Cybersettle, WeClaim (BENNET; TRELEAVEN, 2018).

(*online resolution*), no método de resolução, e a segunda, nas disputas em si, que se dão por interações *on-line* (TAKAHASHI, 2018a, p. 1).

O conceito de ODR ultrapassou o contexto do *e-commerce* e, mais recentemente, passou a ser integrado ao contexto dos sistemas de justiça estatais, relacionando-se não só com a automação de procedimentos, mas a ferramentas de apoio a decisões, o que será mais bem analisado em outro tópico do presente artigo. Cabe, agora, destacar o desenvolvimento da tecnologia *blockchain* e *smart contracts* também pela economia digital.

1.2 Economia digital e advento da tecnologia *blockchain*

A tecnologia *blockchain* surgiu, pela primeira vez, em 2008, com a infraestrutura do Bitcoin, que seria a solução técnica a permitir o desenvolvimento e a manutenção de um mecanismo capaz de permitir transações de ativos ou propriedade entre as partes em um canal de comunicação que dispensasse a necessidade de intermediário ou qualquer autoridade central (ORTOLANI, 2019, p. 431).

Tendo em vista que pontuei o surgimento da ODR no âmbito do comércio eletrônico, é importante contextualizar que o aparecimento do *blockchain* e dos contratos inteligentes é decorrente da busca de superação de falhas inerentes a esse mesmo mercado eletrônico.

Satoshi Nakamoto, ao apresentar as bases existenciais do Bitcoin, fez “uma crítica ao fato de que muito dos contratos realizados no comércio eletrônico podem ser desfeitos, gerando grande incerteza nas relações econômicas, que tende a ser transformada em aumento de custos” (apud SILIPRANDI; LOPES, 2019, p. 105). Isso prejudicaria “os consumidores e os microempreendedores, que ficariam afastados dos benefícios do comércio internacional” (SILIPRANDI; LOPES, 2019, p. 106).

Havia a necessidade de se endereçar falhas do mercado eletrônico relativas à confiança e à vulnerabilidade a fraudes. A solução proposta foi a mudança de um modelo que, para obter segurança, contava com a confiança e a centralização, para um modelo em que a segurança seria obtida com base na criptografia e na descentralização.

Os contratos inteligentes, por sua vez, apresentam a funcionalidade da irreversibilidade das transações, tendo sido idealizados na década de 1990 por Nick Szabo, “que assim como Nakamoto, se mostrava preocupado com os custos do comércio eletrônico, decorrentes do não respeito aos contratos” (SILIPRANDI; LOPES, 2019, p. 106).

Diante dessa breve contextualização, é possível entender que o *blockchain* surgiu como uma alternativa a um modelo de armazenamento de dados e operações que conta não com uma autoridade central, mas com a distribuição das informações em vários nós interconectados

(PORTO; LIMA JÚNIOR; SILVA, 2019),⁴ pensada, inicialmente, para garantir confiabilidade ao mercado:⁵

Um protocolo Blockchain opera no “topo” da Internet, em uma rede *peer-to-peer* de computadores que executam um *software* e mantém uma cópia idêntica do registro de transações, permitindo transferência de valor entre pessoas que não se conhecem ou não confiam entre si, sem a necessidade de um intermediário através de um consenso obtido por algoritmos. Nele as transações são armazenadas de forma imutável e transparente para todos. A blockchain pode ser vista como uma arquitetura descentralizada, abrangente, transparente que registra todas as transações entre usuários, criptografa a sequência os dados de transação armazenados bloco a bloco, desde o bloco gênese (primeiro bloco) até hoje. Todos os participantes da rede têm igual acesso aos mesmos dados em tempo real. A validação de transações é descentralizada em toda a rede. Quando a maioria da rede valida uma transação, esta transação é gravada permanentemente no blockchain. Caso contrário a validação será rejeitada e não funcionará. É o protocolo blockchain que dá aos participantes da rede as ‘regras do jogo’ para validar transações. (REVOREDO, 2019, p.53)

Assim, as principais características de uma *blockchain* seriam a imutabilidade, a segurança, bem como a confiabilidade. O seu objetivo inicial, como dito, estava vinculado à transferência de ativos diretamente entre as partes, contudo, esse primeiro sistema foi melhorado, para possibilitar mais rapidez e flexibilidade (SCHMITZ; RULE, 2019), permitindo que a arquitetura fosse utilizada em diversos modelos comerciais e setores.

Assim, muito embora atualmente a forma mais difundida da *blockchain* se relacione a fins financeiros, tais como armazenamento e utilização de moedas digitais, ferramentas que possibilitam empréstimos *peer-to-peer*, a *blockchain* também pode ser aplicada para outras funcionalidades. A multifuncionalidade da arquitetura decorre da evolução do modelo originário de propósito único para a criação de protocolos de propósito múltiplo.⁶

O Blockchain, portanto, é considerado uma tecnologia núcleo, no sentido de ser uma “*general-purpose technology*”, que potencializa outros tipos de tecnologias e tem como principais características: “1) a maneira distribuída e transparente de registrar dados; 2) construção de confiança; 3) interação direta e em tempo real; 4) caráter de tecnologia de núcleo que potencializa as demais tecnologias” (REVOREDO, 2019, p. 27-28).

⁴ Blockchain é tida como um banco de dados, mas, segundo Revoredo seria mais precisamente uma “base de registro de transações”, assim, “em uma Blockchain devem estar registradas transações de interesse de vários participantes externos entre si.” (REVOREDO, 2019, p. 51).

⁵ De acordo com Koulu, “toda a questão do comércio internacional tem a ver com confiança e alocar ela para um terceiro. Mas em vez de transferir a confiança para uma autoridade centralizada, algumas iniciativas têm sido tomadas pra usar a infraestrutura tecnológica em si para alocar a confiança, sendo justamente o caso do Blockchain” (KOULOU, 2021, p. 6).

⁶ “Ao contrário da Blockchain da Bitcoin, que é uma Blockchain de propósito único, a Blockchain Ethereum é projetada como uma rede de computadores descentralizada na qual qualquer tipo de contrato inteligente pode ser programado, permitindo qualquer troca direta de valor.” (REVOREDO, 2019, p. 56).

São nessas *blockchains* de propósitos múltiplos que os *smart contracts*, inicialmente idealizados por Nick Szabo, ganharam verdadeira aplicação.⁷ Com relação ao seu conceito, é importante destacar que, muito embora os cientistas da computação tenham cunhado uma definição, “[a]tualmente não existe definição unânime para contratos inteligentes, principalmente porque especialistas em computação e juristas têm percepções diferentes do que seja um contrato” (PORTO; LIMA JÚNIOR; SILVA, 2019, p. 17).

De acordo com Revoredo (2019, p. 51),

[...] os contratos inteligentes visam emular a lógica das cláusulas contratuais. São programas de computador que facilitam a negociação, verificação e impõem o cumprimento de um contrato [...]. O Contrato inteligente é “[...] um contrato autoexecutável embutido em um código de computador gerenciado por uma blockchain. Se e quando as regras predefinidas forem atendidas, o contrato será aplicado automaticamente”.

O contrato se “autoexecuta” na medida em que é um código elaborado para rodar na lógica “se... então...” (*if/then*), as partes definem a condição e, quando essa condição ocorre no mundo externo, é o programa que gatilha a consequência pré-estabelecida. Essa informação é feita pelo oráculo (*oracle*), o qual pode ser formado por

[...] indivíduos ou programas que armazenam e transmitem informações do mundo exterior (físico), fornecendo assim, um meio para os sistemas baseados em blockchain interagirem com pessoas do mundo real e potencialmente reagirem aos eventos externos. (REVOREDO, 2019, p. 135).

Assim, nas palavras de Takahashi, “*It’s just a fancy name for a computer code*”, na medida em que o *smart contract* nada mais é do que um código computacional que “roda” em todos os nós de uma rede de *blockchain*. Não se trata propriamente de um contrato, mas pode ser usado como uma ferramenta que permite a execução do contrato no que se refere às obrigações que possam ser expressas na lógica “se A então B” (TAKAHASHI, 2018b).

Pode haver a interação entre um contrato inteligente e um contrato do mundo real, sendo chamada de “contratos híbridos” a situação em que o contrato inteligente é usado para algumas

⁷ “Com a utilização de um banco de dados distribuído, como o blockchain, as partes podem confirmar que um evento ou condição ocorreu de fato sem a necessidade da intermediação de um terceiro. Como resultado, a tecnologia deu vida a um conceito teórico formulado pela primeira vez em 1997: contratos digitais, computadorizados, nos quais o desempenho e o cumprimento das condições contratuais ocorrem automaticamente, sem a necessidade de intervenção humana [...]. Em alguns casos, os contratos inteligentes representam a implementação de um negócio jurídico, cujas disposições legais foram formalizadas em código na rede Blockchain. As partes contratantes podem, assim, estruturar suas relações de maneira mais eficiente, de maneira autoexecutável e sem a ambiguidade das palavras” (WRIGHT; FILIPPI, 2015 apud PORTO; LIMA JÚNIOR; SILVA, 2019, p. 17).

obrigações, que fazem parte de um contrato “legal” mais amplo; o contato escrito faz referência e incorpora um contrato inteligente (REVOREDO, 2019, p. 134).⁸

Pontuados esses conceitos, é possível entender que a *blockchain*, os cripto ativos e os *smart contracts* têm o potencial de modificar setores inteiros da economia, permitindo a redução do tempo e o custo de transação, ao mesmo tempo em que melhoram a verificação de identidade e propriedade. Considera-se que a *blockchain* seja uma importante ferramenta para que se construa uma economia digital, segura e democrática (REVOREDO, 2019, p. 50).

Como já mencionado, além do mercado de produtos financeiros, também é utilizada para registros de propriedades, comprovações de autoria e propriedade intelectual, remessas internacionais de valores, emissão de títulos privados, organizações descentralizadas autônomas, armazenamento remoto e distribuição de dados na nuvem. Ademais, tem aplicações nos domínios da internet das coisas, cadeias de abastecimento, seguros, mercado de capitais (PORTO; LIMA JÚNIOR; SILVA, 2019, p. 15; YARSHELL; RODRIGUES, 2021, p. 643), do setor energético, do comércio internacional, considerando-se, ainda, haver um grande potencial não explorado nesses e em outros mercados (ARÁNGUIZ *et al.*, 2021; REVOREDO, 2019).

Ao lado disso, há a hipótese de que essas tecnologias têm o potencial de promover uma alteração do mercado da internet, hoje caracterizado predominantemente por um modelo em que os consumidores transacionam diretamente com grandes empresas (modelo *Hub-and-poke*). Começaria, nessa perspectiva, a surgir um modelo de economia compartilhada, no qual consumidores usam serviços ou adquirem serviços de outras pessoas físicas ou pequenos fornecedores a partir de um intermediário, que estabelece a relação *online* entre as pessoas (*MSMEs to Consumers*). No futuro, será possível que as pessoas transacionem diretamente entre si, sem intermediário, justamente por plataformas com arquitetura *blockchain* (modelo P2P – *peer to peer*) (TAKAHASHI, 2018a).

Não resta dúvidas, portanto, de que o potencial de utilização dessa tecnologia se torna relevante para compreender a questão relativa à resolução de conflitos dela decorrentes e, ainda, à possibilidade de se utilizar a *blockchain* como uma tecnologia de base para o desenvolvimento de modelos de ODR.

Antes de se voltar a essas questões específicas, cabe estabelecer alguns pontos relativos às ADRs e ODRs no contexto brasileiro.

⁸ “There is also a possibility for a legal contract to incorporate a smart contract by reference. So the parties may conclude a legal contract in human language with a clause in it that points to a smart contract indicating “we both agree to abide by the results of the code” (TAKAHASHI, 2018a, p. 5).

2. CONTEXTO NACIONAL: POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS E REINTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS E PANORAMA DOS MODELOS ODRs

2.1 Política nacional de tratamento de conflitos, fomento às ADRs e reinterpretações de noções jurídicas clássicas

Em 2010, a Resolução n. 125 do CNJ sistematizou as práticas de solução de controvérsias já adotadas em projetos pilotos e no âmbito extrajudicial (BRAGA NETO, 2019) e inaugurou uma “Política Nacional de Tratamento de Conflitos”, que se consolidou pelo Código Civil de 2015, Lei n. 13.105/2015, e pela Lei de Mediação, Lei n. 13.140/2015 (CUEVA, 2021, p. 79; SILVA, 2019, p. 22). Essa política se reflete na preocupação de três ordens: a primeira tem a eficiência do Judiciário, considerando-a no âmbito operacional ante os conflitos de interesses de larga escala; a segunda tem o acesso à justiça e a terceira possui a implementação de um sistema diversificado de soluções de conflitos (SILVA, 2019, p. 2).

A política em questão pretende endereçar os problemas decorrentes de uma crise de ordem tanto estrutural quanto qualitativa do sistema de justiça.⁹ Esse endereçamento se daria pela adoção e pelo fomento da utilização de outros métodos de solução de conflito diversos daqueles utilizados tradicionalmente pela jurisdição estatal. Diante dessas circunstâncias, modelos de ADR passaram a ser tidos como possíveis soluções a essa crise, tanto por potencialmente promoverem soluções qualitativamente mais adequadas quanto por se darem de forma mais eficiente em termos econômicos e temporais, se comparados com o método de jurisdição estatal tradicional.

O fomento a esses métodos se dá tanto por sua adoção no sistema de justiça, como é o caso geral dos procedimentos cíveis com relação à conciliação e à mediação, quanto pelo fomento de soluções consensuais e extrajudiciais. Assim, pode-se dizer que há, atualmente, no Brasil, um sistema de variados métodos de solução de conflitos além da jurisdição estatal, o que se caracteriza por um “sistema multiportas”. O sistema multiportas reflete a ideia de que,

⁹ Segundo consta do relatório do Conselho Nacional de Justiça, “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, que aguardavam alguma solução definitiva. Desses, 14,2 milhões, ou seja, 18,5%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, e esperavam alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2019 existiam 62,9 milhões ações judiciais. O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017” (CNJ, 2020, p. 9).

diante de um conflito, as partes podem se valer não apenas do sistema de justiça, mas de várias opções de métodos, metaforicamente entendidos como portas (LORENCINI, 2019, p. 56; SILVA, 2019, p. 2).

Partindo do pressuposto de que “nem sempre a adjudicação judicial será o método adequado para a resolução de determinado conflito” (LAUX, 2018, p. 18) e de que existem várias alternativas de métodos possíveis para a solução desse conflito, cada uma delas correspondendo a uma “porta que a pessoa se dispõe a abrir, descortinando-se a partir daí um caminho proposto pelo método escolhido” (LORENCINI, 2019, p. 56)” o acesso ao Poder Judiciário passa a ser uma eventualidade.

Os métodos possíveis costumam ser referenciados como a negociação, a mediação, a conciliação de arbitragem, mas não se limitam somente a isso (LAUX, 2018; LORENCINI, 2019), podendo tratar-se de modelos criados especificamente para o conflito em questão (FALECK, 2018).

Há, desse modo, uma clara abertura no âmbito nacional quanto às possibilidades de solução de conflitos, o que se reflete ou resulta em interpretações de conceitos jurídicos e institutos tradicionais que se construíram em torno de um modelo de monopólio exclusivo do Sistema de Justiça, dos quais destaco as noções de acesso à justiça e jurisdição.

O acesso à justiça no contexto atual não se confunde com um mero acesso ao Sistema de Justiça, tampouco se limita à faculdade de provocar o Poder Judiciário (BRAGA NETO, 2019, p. 29-31). Com efeito, “[o] acesso à justiça passa a ser uma inteligência vocacionada à efetiva tutela dos direitos e não como uma mera faculdade de se ajuizar ação processual” (PEREIRA FILHO; MORAES, 2012). Nesse sentido,

[o] conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa [...] Na esfera judiciária a atualização do conceito de acesso à justiça vem provocando repercussão na amplitude dos serviços judiciários e bem assim nos elenques de técnicas utilizadas pela Justiça na solução dos conflitos de interesses [...] A Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, editada em novembro de 2010, acolheu esse conceito atualizado de acesso à justiça [...]. (WATANABE, 2017, p. 25).

Assim, a adoção e a diversificação de métodos de solução de disputas permitiram a reinterpretção da noção de acesso à justiça, deixando de estar vinculado a um modelo processual específico ou ao acesso ao sistema de justiça estatal.

Essas modificações do plano prático também alcançaram o plano teórico no que diz respeito ao conceito de jurisdição. Não há mais espaço para uma noção de monopólio da jurisdição estatal, já que “[h]oje em dia sistemas de civil law e de common law, a jurisdição e

o processo judicial convivem com outros mecanismos de solução de disputas e sistemas” (SILVA, 2019, p. 16). O que se tem é uma reinterpretação do instituto em que se atribui mais valor a uma perspectiva de funcionalidade e eficácia, em detrimento dos fundamentos relativos a uma expressão do poder estatal. Assim, esses métodos que não são expressão do poder estatal também seriam expressão da jurisdição (LAUX, 2018).

Nas palavras da professora Ada Pellegrini Grinover:

[...] a percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e conciliação que, de meios sucedâneos equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à Justiça (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - Cons., art 5º inciso XXXV) é hoje compreensiva da Justiça Arbitral e da Conciliativa, incluída no amplo quadro da política judiciária e considerada como espécies de exercício jurisdicional. Entendemos, portanto, que tanto a arbitragem como a justiça consensual integram o conceito de jurisdição (que hoje caracterizamos como atividade função e garantia ao acesso à justiça). (GRINOVER, 2016 apud BRAGA NETO, 2020, p. 31).

Assim, muito embora modelos extrajudiciais não sejam expressão da soberania estatal, são uma expressão jurisdicional. A soberania do Estado deixa de ser o elemento central para a caracterização da jurisdição, dando lugar à autonomia da vontade como elemento legitimador da jurisdição.

De acordo com Riika Koulu, a jurisdição tradicionalmente tirava a sua justificativa de narrativa da soberania (acoplamento dos sistemas político e jurídico), ao passo que os métodos consensuais de solução de conflito, que passaram a integrar a nova noção de jurisdição, tiram a sua justificativa da autonomia da vontade (acoplamento do sistema jurídico e o sistema econômico).¹⁰ Isso se confirma na medida em que a doutrina nacional também admite que os métodos autocompositivos e consensuais e a arbitragem extraíam, do princípio da autonomia da vontade (KOULU, 2018, p. 33), a sua legitimidade e licitude. Justamente por serem autocompositivos, e como a mediação e negociação, ou mera expressão da autonomia da vontade, como a arbitragem, esses mecanismos se mostram mais adequados para a manutenção

¹⁰ A autora se vale metodologicamente da teoria Luhmanniana de sistemas, segundo a qual dois subsistemas sociais interagem e se enriquecem compartilhando conceitos, que são originários de um deles: “*Cognitive openness is enabled by two distinct mechanisms: interpenetration which enables the system to borrow computational resources from another system but has connective value only within the system and structural couplings between different social systems, where an operation has value within both systems although in accordance with each system’s binary code. [...] Instead, structurally coupled operations conform simultaneously to the coding of two systems and belong to both systems, each system interpreting the operation autonomously on its side. Structural couplings relay external influences and enrich a system’s autopoiesis.*” (KOULU, 2018, p. 33).

de relações continuadas (LAUX, 2018) e menos disruptiva da relação das partes (SALLES, 2019, p. 247).

É importante não perder de vista, portanto, que essa revisão de conceitos doutrinários essenciais ao Direito se dá em um contexto da Política de Tratamento de Conflitos e de diversificação de métodos de solução de contexto e de fomento às ADRs.

Conforme se verá a seguir, mais recentemente esse mesmo contexto passou a ser permeado e marcado por iniciativas de ODRs. Assim, muitas construções teóricas desenvolvidas nesse contexto de abertura do monopólio da jurisdição estatal guardam pertinência com o contexto de advento dos modelos de ODR. Ademais, a reinterpretção desses conceitos ganha mais relevo diante de ODRs relacionadas à tecnologia *blockchain*, tendo em vista que a possibilidade de descentralização e distribuição.

2.2 A ODR no contexto judicial e extrajudicial brasileiro

Como já mencionado anteriormente, muito embora o advento das ODRs esteja inicialmente ligado ao contexto da economia digital, tendo sido relevante a incorporação de princípios de ADR nesse primeiro momento (MOULIN, 2021), atualmente também se fala em ODR em um sentido mais amplo, englobando o sistema judicial estatal.

Tal como ocorreu nas relações de mercado, a tecnologia da informação também estabeleceu a sua interface com o sistema de justiça estatal, a princípio pela digitalização de processos e automação de rotinas. Assim, a primeira geração de sistemas *on-line* de resolução de litígios é classificada como sistemas instrumentais, os quais “[...] são essencialmente plataformas virtuais especializadas que facilitam a comunicação e o compartilhamento de informação [...]” (MOULIN, 2021, p. 4).

No contexto nacional, há quem entenda que a definição de ODR já se perfaz com esse primeiro sentido instrumental. Para Cueva, por exemplo, a ODR se define pela “utilização de plataformas virtuais para facilitar a comunicação e a resolução de disputas” (CUEVA, 2021, p. 81). Nesse sentido, é plenamente possível considerar que as medidas de inovação tecnológica e a migração de rotinas e atos processuais ao ambiente virtual se enquadrem no conceito de ODR. Dessa forma, a implementação de ODR sob a perspectiva instrumental já é uma realidade no contexto estatal nacional, sobretudo com as medidas de isolamento social decorrentes da pandemia, considerando ter havido uma aceleração da transição de atos processuais, como sessões de julgamento e audiências para o ambiente virtual (ANDRADE, 2021, p. 432-433; CUEVA, 2021, p. 79-81; GONÇALVES, 2021).

Por outro lado, a segunda geração de ODR se perfaz com sistemas principais, que se valem da inteligência artificial para a solução de disputas; nesse sentido, a tecnologia é utilizada para apoiar as decisões e colaborar com quem decide (MOULIN, 2021, p. 4-5). Muitas questões surgem da transposição do serviço jurisdicional para um ambiente virtual, como: os casos em que se deveria evitar o seu uso (CUEVA, 2021, p. 83), as possibilidades de limites do uso de Inteligência Artificial, as medidas de segurança da informação, bem como “a) armazenamento de proteção de dados, b) acesso à internet; c) certificação da identidade das partes e dos advogados e d) confidencialidade” (ANDRADE, 2021, p. 429). Para o escopo deste trabalho, porém, vamos nos ater a analisar os desdobramentos do ODR como uma possibilidade de contenção da judicialização e sua interface com o ADR e o acesso à justiça.¹¹

Conforme já dito, o advento dos sistemas de ODR foi marcado por um entendimento da sua intrínseca relação com os métodos adequados de solução de conflito, mas foi sendo mitigado até que o conceito ODR pudesse ser entendido de forma independente do conceito de ADR (MOULIN, 2021, p. 4).

Entretanto, ainda hoje, no contexto nacional, as ferramentas digitais de resolução de conflitos possuem uma interface relevante com a Política Nacional de Tratamento de Conflito, na medida em que a tecnologia adiciona nova dimensão ao procedimento de resolução de disputas, não só ao sistema de justiça (CUEVA, 2021, p. 81). Assim, muitas iniciativas que se caracterizam como ODR estão relacionadas a projetos de prevenção da judicialização, seja no poder público, no âmbito jurisdicional ou administrativo, seja no âmbito privado. Nesse sentido,

[n]o Brasil, segundo a Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs (AB2L), há vinte lawtechs voltadas para a resolução de conflitos online. Há vários exemplos de plataformas bem-sucedidas: Sem Processo, Reclame Aqui, Vamos Conciliar, JusPro, eConciliar, e Conciliador. Talvez o exemplo mais bem-sucedido de ODR endógeno entre nós, ou seja, de método ou sistema desenvolvido pela própria empresa seja o do Mercado Livre, que alcançou 98,9% de desjudicialização por meio de técnicas de promoção das melhores experiências para seus consumidores e usuários. No setor público, a plataforma consumidor.gov, lançada em 2014 pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça, apresenta índice médio de resolução de 80% das reclamações apresentadas, em prazo aproximado de 6,5 dias, tendo processado mais de 3,4 milhões de reclamações. [...] Um estudo recente sugere que o impacto da plataforma tem sido positivo, melhorando a proteção do consumidor mediante respostas rápidas, que previnem o ajuizamento de demandas judiciais. [...] A principal aplicação das ODRs no Brasil tem sido nas relações de consumo com perspectivas para o lançamento de plataformas digitais a ser brevemente lançada pelo CNJ. Iniciativa do TJRJ junto com as Defensorias Públicas, do Estado e da União, Secretarias municipal e estadual de saúde – litígios de saúde suplementar – Câmara

¹¹ “As discussed, we use the term *Judicial ODR* for arbitrated dispute resolution used to settle ‘ordinary’ judicial disputes where there is a hearing (using technology) but outside of the courtroom, particularly in personal injury, healthcare, social media, employment and family law, where a neutral third party resolves the dispute.” (BARNETT; TRELEAVEN, 2018, p. 404).

de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), que já preveniu mais de 15 mil ações judiciais) – utilização maciça de meios eletrônicos. (CUEVA, 2021, p. 85-86).

Existe o entendimento de que as *online courts* contribuem com a ampliação do acesso à justiça, na medida em que os sistemas de justiça se tornam, com eles, mais economicamente viáveis, flexíveis e eficientes, como concluiu o European Committee on Legal Co-operation (CDCJ) em estudo sobre ODR realizado em 2018 (ANDRADE, 2021, p. 428). Para Cueva (2021, p. 81), seriam minimizados

os custos de ajuizamento, custo de deslocamento, situações em que aproximação no mesmo espaço físico entre as partes seria problemática, maior objetividade e barreira para ‘vieses cognitivos nem sempre conscientes’, melhor alocação de recursos humanos.¹²

Assim, muito embora o conceito de ODR tenha se desvinculado da noção de ADR, é fato que ambos os fenômenos possuem uma interface e relações relevantes, tanto nas iniciativas do próprio setor público como na criação de plataformas pelo CNJ para a realização de conciliação e mediação *on-line* como pela existência de iniciativas no setor privado.

Desse modo, o fenômeno de ODR também possui relação com as mudanças interpretativas e conceituais que se observam nas discussões sobre ADR, relativas ao conceito de jurisdição, ao acesso à justiça e à justiça de resultados e procedimental.

Os modelos de ODR são vistos hoje por alguns como uma forma de potencializar o acesso à ordem jurídica justa (ANDRADE, 2021, p. 428), contudo, para Carolina Moulin, discussões sobre a ODR abrangem questões não só sobre acesso à justiça, mas sobre a justiça procedimental¹³ e a de resultados. Os modelos de ADRs são considerados legítimos sob a perspectiva da justiça procedimental, porém, cabe indagar se os modelos de ODR também poderiam ser considerados como legítimos do ponto de vista procedimental, e não só com relação ao resultado (MOULIN, 2021, p. 18-19).

¹² Cabe ressaltar, contudo, ser possível pensar que a adaptação da corte ao modelo digital pode criar obstáculos ao acesso à justiça atrelados a problemas já existentes de exclusão digital (ANDRADE, 2021, p. 431), a depender da forma como os serviços e informações serão disponibilizados aos usuários, e realmente deve ser elaborada e desenhada de forma a não limitar o seu acesso. A questão do acesso à justiça no âmbito das cortes virtuais é objeto de um dos grupos de atuação do laboratório de design jurídico da universidade de Stanford; o projeto pretende melhorar os serviços de justiça, sobretudo após a transição para o ambiente virtual – <http://justiceinnovation.law.stanford.edu/>. A preocupação quanto à transição para o meio virtual e a necessidade de que isso seja feito pensando na experiência dos usuários é de certa forma comprovada com a casa do Corte *on-line* do Distrito de Columbia, tida como um modelo de sucesso (METZGER, 2019), que redesenhou procedimentos para o ambiente virtual a partir de uma perspectiva centrada no usuário (*user-centred justice design*) (SALTER; THOMPSON, 2017). A forma como os serviços são oferecidos não é uma mera transposição da corte física para a *online*, mas são redesenhados pensando na acessibilidade para os usuários. Com efeito, “o maior desafio dessa transição, rápida, sem dúvida, é encontrar o equilíbrio certo para proteger os direitos e interesses de curto e longo prazo das partes e do público (ANDRADE, 2021, p. 433).

¹³ De acordo com Deutsch, injustiça procedimental diz respeito ao tratamento injusto na tomada e implementação de decisões que implicam consequências (tradução nossa) (DEUTSCH, 2014, p. 29).

Além desses pontos, como se verá adiante, alguns autores veem que a implementação de tecnologias digitais na resolução de conflitos, ao possibilitar a privatização da execução, desafia a justificativa do direito para uso legítimo da força (KOULU, 2018, p. 16).

Assim, a compreensão desse contexto é imprescindível para a compreensão do impacto dos sistemas de ODR no sistema do direito, como bem evidencia Carolina Moulin (2021, p. 18): “[a] principal preocupação que as tecnologias do ODR suscitam é como assegurar que em uma resolução digital de conflito seja feita a justiça”. Isso também se pode dizer com relação aos sistemas de ODR baseados na arquitetura de *Blockchain*.

3 BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS: AUTOEXECUTORIEDADE PREVENÇÃO, GATILHO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 Autoexecutoriedade: breves considerações sobre as promessas e os desafios

Tanto a política de tratamento de conflitos quanto as ODRs no contexto nacional fazem parte de um contexto de prevenção da judicialização de conflitos. Paralelamente, como visto, o advento da tecnologia *blockchain* se deu também com a preocupação na gestão ou prevenção de conflitos, tendo em vista a segurança e a autoexecutoriedade de transações.

A autoexecutoriedade parece ser o grande diferencial e é a promessa da tecnologia de *blockchain* para o contexto de ODR, porque, muito embora o surgimento da ODR esteja ligado à promoção de uma melhor gestão dos conflitos no âmbito do comércio eletrônico, ainda permanecia o problema da executoriedade das decisões então tomadas. Isso, porém, poderia ser endereçado pelos *smart contracts*, que rodam em uma arquitetura *blockchain* (KOULU, 2018).

A autoexecutoriedade e a “possibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual sem o concurso da vontade do obrigado ou de recurso a medidas judiciais” (YARSHELL; RODRIGUES, 2021, p. 643) são, de fato, uma das funcionalidades mais importantes dos contratos inteligentes.

Além da autoexecutoriedade do contrato em si, que dispensaria a necessidade do poder executivo de um terceiro, a implementação da executoriedade por uma arquitetura *blockchain* também poderia ser aplicada aos sistemas de ODR já existentes para dar força às suas soluções. Daí decorreria a promessa de segurança e prevenção de litígios e a desnecessidade de terceiros estranhos à relação para garantir o cumprimento dos acordos ali firmados.

O advento dessas soluções tecnológicas, contudo, não vêm sem seus respectivos desafios. Do ponto de vista teórico-jurídico, há a questão da natureza jurídica da autoexecutoriedade dos *smart contracts*, que seria associada

[...] à técnica da autotutela, que sob a ótica tradicional é visto com grande reserva, na medida em que os modelos ajustados pelo Estado de Direito repudiam soluções de conflito mediante emprego das próprias forças, que só se admitem em hipóteses excepcionais. (YARSHELL; RODRIGUES, 2021, p. 644).

Ademais, também do ponto de vista teórico, a autoexecutoriedade desafia a noção de monopólio do uso da força pelo Estado, o que exigiria a compreensão da legitimidade dos mecanismos autoexecutivos (KOULU, 2018).

Além dessas questões teóricas que surgem, arquiteturas *blockchain* não acabaram com a possibilidade de existência de conflitos relativos aos contratos e nem mesmo são totalmente imunes a ataques *hackers* (KOULU, 2018; SCHMITZ; RULE, 2019), o que será mais bem analisado em tópico específico seguir.

Assim, a autoexecutoriedade não exclui totalmente a necessidade de se pensar como fazer a gestão desses conflitos, sobretudo tendo em vista que a jurisdição estatal apresenta sérios limites diante dos conflitos que podem emergir de *smart contracts*. Isso ocorre porque se está diante de uma relação totalmente *sui generis*, em que as partes podem ser anônimas, bem como pelo fato de que o contrato é firmado e destinado a ser executado fora de qualquer jurisdição, dificultando a determinação da competência. Ademais, ainda que isso seja possível, o objeto em disputa é um código computacional, e não um acordo de vontades registrado em vernáculo, exsurto daí a questão relativa à qual ou a quais e como as normas contratuais seriam aplicadas, além de quais remédios jurídicos seriam eficazes (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 108).

Há, portanto, uma tendência a se considerar que eventuais disputas decorrentes de um *smart contract* sejam dirimidas em um ambiente virtual e sem a intervenção do Estado Juiz, seja por um modelo de ODR também baseado em *blockchain*, seja se valendo de alguma modalidade de ADR.

Dessa forma, o processo de resolução por ODR poderia ser previsto no próprio acordo, gatilhando um sistema de solução no próprio ecossistema de *blockchain* independentemente de uma jurisdição (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 122). A questão que surge daí diz respeito a quais seriam então os modelos de ODR a serem desenvolvidos em uma plataforma *blockchain* e se esses modelos poderiam ser exportados como uma forma de ODR geral, não só vinculados aos contratos inteligentes. Por outro lado, para os conflitos decorrentes de contratos inteligentes, haveria, ainda, a possibilidade de se romper o hermetismo do sistema em contratos híbridos,

recorrendo-se a soluções externas já conhecidas, com cláusulas que direcionam o conflito para métodos de ADRs.

3.2 *Blockchain* e potenciais conflitos

Conforme visto, as arquiteturas *blockchain* e os *smart contracts* foram concebidos com o intuito de trazer mais eficiência, segurança e confiabilidade às transações digitais. A total ausência de conflitos e a necessidade dos respectivos mecanismos para sua gestão não são, sem embargo, uma realidade. No presente tópico, abordo algumas das situações apontadas como potenciais fontes de conflito e situações que já se concretizaram como tal.

De início, é interessante a contradição apontada por Ortolani no sentido de que a ideia inicial do desenvolvimento da tecnologia *blockchain* seria a prevenção de disputas e a tecnologia teria, ao contrário, uma tendência inerente à judicialização. De acordo com o autor, isso se expressa na previsão, na sua própria arquitetura original, de mecanismos internos para a solução de conflitos. Em outras palavras, para ele, a primeira plataforma de *blockchain* já assumia o seu potencial inerente como fonte de conflitos e endereçava sua solução de forma interna e precária (ORTOLANI, 2019, p. 432-434). Para o autor, a arquitetura na sua gênese não seria diferente de uma lógica da intervenção de um terceiro, ainda que interna ao sistema para a solução de conflitos.¹⁴

Ao tratar do tema, Amy J. Schmitz e Colin Rule ressaltam que os conflitos podem advir de diversas fontes: pode haver erros decorrentes da impropriedade das informações que alimentam a *blockchain*; os *smart contracts* podem ser manipulados por dados ao serem alimentados de forma falsa, a partida da imprecisão do oráculo¹⁵ e as informações que

¹⁴ “*The white paper answers this question with a single, cryptic sentence: ‘[R]outine escrow mechanisms’ could easily be implemented to protect buyers. This apparently incidental statement contains the key to understanding blockchain technologies’ inherent tendency towards self-sufficient dispute resolution the escrow mechanism envisaged by Nakamoto is precisely the type of ‘trusted third party’ that the white paper purports to render obsolete. to devise their own adjudication mechanisms, selecting the private adjudicators (in casu, escrow service providers) of their preference [...] Within the bitcoin system, users have devised a private adjudication system that is slightly more sophisticated than the escrow mechanism initially envisaged by Nakamoto: the multi-signature address This device essentially works like a lock with two keyholes; it can only be opened if two keys are used. Two parties entering into a transaction can use this device to store coins (for example, the price for the sale of certain goods), until the obligations arising out of that transaction have been performed. [...] In case of a dispute, however, neither party can access the coins autonomously, but either of them can ask a private adjudicator to review the facts of the case and determine which of the two disputants is entitled to the disputed funds* (ORTOLANI, 2019, p. 433-434).

¹⁵ “*Some also raise the ‘oracle problem’ as a hindrance for fair smart contracting. This refers to the lack of a reliable and secure delivery mechanism that exchanges real time information with blockchain data systems.102 Currently, there is no clearly secure delivery of information among systems. For example, most existing oracles are run on centralized or single source services which have the same security issues as most traditional data systems that can be ‘hacked’ centrally. Nonetheless, some companies are working to address this issue. For example”* (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 114).

constituem as condições do contrato. Ademais, pode haver, ainda, erros na codificação, considerando que estudos mostram que esse tipo de erro nas outras áreas da computação não é raro.¹⁶

Ademais, segundo os autores, muito embora seja uma rede segura e imutável, o *blockchain* não está imune aos ataques hackers:

That said, it is important to note that blockchain is not impenetrable. It is more secure than general cloud-based systems, but it can be 'hacked' and has its own risks. Proponents of the blockchain claim that the distributed ledger is 'immutable', 'secure' and 'trustless'. However, hackers could manipulate the technology by, for example, using a 'hard fork' to essentially create a copy of the block chain which might allow unscrupulous parties to manipulate the data and essentially 'steal' information. Indeed, a well-executed 'hard fork' could even make a blockchain vulnerable to corruption and collapse. (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 108)

Uma situação emblemática e comumente levantada como exemplo da possível vulnerabilidade foi o incidente da primeira *Decentralized Autonomous Organization (DAO)*¹⁷ desenvolvida:

Em 2016 a primeira DAO foi lançada, com o objetivo de ser um meio de arrecadar fundos para financiar projetos paralelos da plataforma Blockchain Ethereum. Denominada DAO.Link, a organização possuía um website, no qual foi realizado um crowdsale. A DAO.Link sofreu um ataque em 17/6/2016 por um hacker anônimo, quando cerca de 40 a 50 milhões de dólares investidos em Ether foram momentaneamente desviados. Não houve perda real dos valores, devido aos termos da rede Ethereum, que garantiam como mecanismo de segurança um período de retenção dos valores caso houvesse tentativa de desvio ou de invasão do sistema. Exposição de vulnerabilidade da promessa de segurança. Embora a DAO.Link tenha sido concebida como uma rede peer-to-peer completamente descentralizada, os fundadores reconheceram que um dos problemas era justamente a falta de uma estrutura hierárquica para tomar decisões que dependessem de uma resposta imediata. (PORTO; LIMA JUNIOR; SILVA, 2019, p. 19).

Diversas questões jurídicas emergiram desse incidente, mas, para os limites deste trabalho, cabe ressaltar que, dentre as possibilidades possíveis para se fazer a gestão do problema, optou-se por uma intervenção humana externa, visto que o código não poderia ser modificado. Assim, houve a quebra com o ideal de estarem os *smart contracts* acima de qualquer influência ou além de qualquer correção (KOULU, 2018, p. 185).

Isso se trata de um incidente emblemático ao demonstrar que

¹⁶ “For example, a 2016 study revealed that there are 100 errors per 1,000 lines of coding. Extrapolated to smart contracts, this means that many smart contracts may not be accurately coded to encompass the parties’ original intentions” (SCHMITZ; 2019, p. 104-105).

¹⁷ “Uma organização autônoma descentralizada (DAO, *decentralized autonomous organization*) tem por objetivo codificar as regras de funcionamento e a estrutura de uma organização. Como as DAOs são baseadas na Blockchain e, por conseguinte, não operam em jurisdição específica alguma, a lei aplicável e o tratamento jurídico para tais organizações ainda são indeterminados.” (PORTO; LIMA JUNIOR; SILVA, 2019, p. 18).

[a]pesar do potencial dos contratos inteligentes na prevenção de conflitos e execução privada, tecnologias de bancos de transações distribuídos não só não foram capazes de remover a necessidade de gestão de conflito, como também deu origem a novos conflitos que não podem contar com os mecanismos estatais existentes. (KOULU, 2018, p. 185, tradução minha).

Tal incidente demonstra bem a ponderação de que essa nova tecnologia não veio livre da eventual necessidade de intervenção estatal, como é o caso das *Inicial Coin Offering* (ICOs) nos Estados Unidos, uma vez que o

[...] ICO é como uma pré-venda de alguma criptomoeda ou token. Num ICO, você compra antes de lançarem a plataforma blockchain, para ajudar os desenvolvedores com capital apostando que após o lançamento os tokens/criptomoedas daquela plataforma valham mais do que você pagou na pré-venda. (REVOREDO, 2019, p. 231).

Muitos ICOs foram lançados há alguns anos, mas alguns projetos se mostraram inviáveis, de forma que os reguladores nacionais, como a *Securities and Exchange Commission in the USA* (SEC), passaram a argumentar que os *tokens* se enquadram no conceito de “*securities*”, valores mobiliários, o que implicava a existência das leis regulatórias americanas, gerando diversas demandas judiciais (ORTOLANI, 2019, p. 442-443).

3.3 Interface entre a tecnologia *blockchain* e a solução de conflitos de privatização da execução, uso dos sistemas *blockchain* pela jurisdição estatal, ODRs dentro dos sistemas *blockchains* e *dispute boards*

3.3.1 Autoexecutoriedade: prevenção de conflitos e execução privada e automação de execução de títulos judiciais

O primeiro impacto da tecnologia *blockchain* no âmbito da resolução de conflitos é, justamente, a prevenção do surgimento de conflitos no âmbito dos *smart contracts*.

Muito embora no tópico precedente eu tenha levantado hipóteses em que o sistema autoexecutivo não implica a inexistência de conflitos decorrentes da tecnologia *blockchain*, não se pode negar que essa característica da tecnologia pode ser um fator de prevenção de conflitos. Ademais, sabe-se que referidas situações não são a regra, tendo sido colocadas no sentido de se ver a tecnologia com mais sobriedade, com consciência de suas vulnerabilidades, e não com a pretensão de apontar o discurso de segurança e eficiência como infundado.

Pode-se dizer, então, que “existe um potencial para reduzir os custos de execução de conformidade do comportamento das partes aos termos da execução” e podem representar

“redução dos custos de transação em vários segmentos do mercado” (YARSHELL; RODRIGUES, 2021, p. 644). Ressalta-se que, em algumas situações, o ordenamento já prevê a possibilidade de se valer de “ferramentas digitais para operacionalizar o cumprimento de obrigações, tal como ocorre nas conhecidas travas bancárias associadas à alienação fiduciária de recebíveis” (YARSHELL; RODRIGUES, 2021, p. 644).

Yarshell e Rodrigues (2021, p. 645) ainda levantam a indagação acerca da possibilidade de essa tecnologia ser utilizada com relação a títulos judiciais ou arbitrais, pois, “em primeira impressão, dada a anuência das partes e desde que elas estejam em situação de paridade para declarar a vontade nesse sentido, nada impediria que isso acontecesse”. Assim, pode-se cogitar a possibilidade de um *smart contract* “rodar” o conteúdo de uma decisão judicial ou arbitral externa, executando-o de forma automática (ORTOLANI, 2019, p. 439).

3.3.2 ODR para as plataformas *blockchain*

De acordo com Merzeger, o desenvolvimento de plataformas com a tecnologia *blockchain* seria um desdobramento das ODRs para descentralizar a entrega de resolução de conflitos para partes em conflito em qualquer localidade, em uma rede mundial de jurados ou árbitros que interagem com Apps descentralizados (dApps), sendo o objetivo declarado de seus criadores fornecer uma nova forma de solução de conflitos (METZGER, 2019, p. 82).

Schmitz e Rule, ao analisarem esse fenômeno, propõem que as soluções de ODR para *smart* de contratos se subdividiram em três categorias: aquelas baseadas em arbitragem *online*, aquelas baseadas em *Crowdsourcing* e, enfim, aquelas baseadas em sistemas de solução dirigidos por humanos.

Com relação aos modelos pautados na arbitragem, tem-se as plataformas da Sagewise e a OpenBazaar. A Sagewise é uma *startup* norte-americana que, muito embora não forneça em si uma plataforma de ODR ou arbitragem, oferece serviços de solução de conflitos em *smartphones*. O serviço consiste, basicamente, na inserção, no *smart contract*, de uma cláusula decodificada para a linguagem computacional, na qual os usuários pré-estabelecem alguns parâmetros para o caso de disputas. Assim, fica estabelecido que o contrato vai ser “congelado” por determinado tempo e qual meio vai ser adotado para resolver alguma disputa, caso ela eventualmente surja. A plataforma monitora o contrato e dá um alerta caso se verifique algo incomum. Assim, as partes podem acionar a cláusula em questão (SCHMITZ; RULE, 2019).

O OpenBazaar, por sua vez, é uma plataforma de bens e serviços baseada em bitcoin, que desenvolveu o seu próprio mecanismo de ODR para resolver as disputas. No início da

contratação, é facultado às partes contarem com um terceiro anônimo, que verificará o contrato e as suas condições de cumprimento. Se eventualmente, no futuro, alguma das partes ficar insatisfeita, esse terceiro se torna um árbitro, que resolverá a questão com base nas evidências apresentadas. O sistema de *Crowdsourcing* se baseia em votos de jurados anônimos, representados por ativos, a quem eles consideram ser o vencedor da disputa, havendo possibilidade de os jurados do lado vencedor receberem recompensas (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 117-118).

O primeiro exemplo desse tipo de ODR é o Kleros, pertencente ao Ethereum, que foi construído com base na teoria dos jogos e no atingimento de um ponto ótimo de solução (*Schelling point*).¹⁸ Os jurados são escolhidos de forma aleatória e os casos lhes são apresentados. Eles fazem um compromisso de não mudar ou revelar os seus votos antes do final da votação. Depois que a votação se encerra, os jurados e a solução com mais votos ganham. Os jurados da solução vencedora se beneficiam tomando *tokens* do lado perdedor (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 119).

O segundo exemplo de modelo *crowdfunding* seria o Aragon, que se dá no âmbito de uma DAO. O sistema, além de se valer do sistema de jurados, a exemplo do anterior, adiciona, ainda, a necessidade de as partes realizarem uma garantia em *Aragon Network Token* (ANT) enquanto o contrato existir. Ademais, os jurados são escolhidos dentre aqueles com melhor reputação, a qual foi alcançada por se ter votado com a maioria nos casos anteriores. Alega-se que, assim, o *Schilling point* para os jurados seria menos suscetível à corrupção. Da mesma forma, os jurados são escolhidos e votam após apreciar o caso apresentado pelas partes; os perdedores perdem a sua parte (METZGER, 2019; SCHMITZ; RULE, 2019, p. 120).

O terceiro exemplo aqui é o Jur, que se parece muito com o Kleros já explicado. As partes apresentam a sua solução e os jurados que votarem na solução não vencedora são penalizados, perdendo o seu token. Por outro lado, o Jur alega ser o único a oferecer a oportunidade, aos usuários, de criar o seu próprio colegiado, que vai funcionar com regras especiais que usuários de ramos específicos criarão, de acordo com o seu contexto (SCHMITZ; RULE, 2019, p. 120-121). O Jur tem, ainda, a particularidade de distribuir, entre os jurados vencedores, apenas os *tokens* necessários para estabelecer a vitória.¹⁹

¹⁸ *Schelling Point assumes that there will be a consensus result that independent actors would arrive at because it is a logical outcome. For example, a simple Schelling Point would be that if a person was to be meeting a stranger in Sydney and neither party had previously suggested a meeting time and place, both parties might independently suggest meeting at noon at Town Hall because that would be a natural and common time and place* (METZGER, 2019, p. 94).

¹⁹ *“For example, if 15 tokens were voted in a dispute of A v B, 10 for A and five for B, the five tokens that were voted for B would be forfeit as B lost the dispute. However, only 5.1 votes were needed to establish the majority*

Metzger também analisou as plataformas de *blockchain* baseadas em *crowdsourcing* (2019). A primeira delas é a Openlaw, que, basicamente, fornece modelos de *smart contracts* ao público, tornando-os mais difundidos (METZGER, 2019, p. 88). O Mattereum Protocol, por sua vez, oferece um serviço para a custódia de bens tokenizados, prevenindo conflitos daí advindos (METZGER, 2019, p. 88-90).

Já o “Rhubarb Fund” propõe um mecanismo de consenso rápido e distribuído (RDCMs), consistente em um grupo de jurados cujas características e quantidades são escolhidas pela parte. A parte apresenta a esses jurados previamente escolhidos o problema, juntamente com três soluções possíveis. Ambas as partes decidem se o resultado da votação das possíveis soluções apresentadas será vinculante, não vinculante ou será tido como uma forma de opinião de um *expert* a ser considerado (METZGER, 2019, p. 91).

Há, ainda, a possibilidade de solução via *bot*, ou seja, valendo-se de inteligência artificial, o que, contudo, traz consigo a questão da integridade da base de dados que alimenta o *bot*.

Enfim, como dito, Schmitz e Rule (2019, p. 123-124) também propõem a possibilidade de sistemas de solução dirigidos por humanos. Nesse caso, as partes, ainda, contariam com os métodos já existentes de ADR, na medida em que as partes poderiam incluir uma cláusula-código no *smart contract*, parando a sua execução e dando início a um processo de ODR. Esse, por sua vez, poderia seguir um procedimento anteriormente estabelecido pelas partes e, dependendo do resultado atingido, o *smart contract* poderia ser reativado nos termos anteriores ou, então, descartado e substituído por outro. A cláusula criaria um papel para um eventual terceiro.

Metzger (2019, p. 87), no entanto, aponta alguns problemas dessa solução. Primeiro, as partes podem não estar dispostas a revelar sua identidade, o que, muitas vezes, seria inevitável nesse tipo de solução. Segundo, as partes podem não querer se submeter a um mecanismo que seja centralizado em uma autoridade, o que desafia os benefícios de se fazer transações em um sistema totalmente descentralizado.

4. DESAFIOS TEÓRICOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISDIÇÃO E A PRIVATIZAÇÃO DO USO DA FORÇA E JURISDIÇÃO

for A. So, the five tokens forfeit by the B voters will be redistributed pro-rata only to those 5.1 voting jurors who voted for A first. The number of votes on each side will also always be visible to all jurors.” (METZGER, 2019, p. 95).

Conforme visto, a inovação tecnológica para a resolução de disputas costuma ser discutida ou na perspectiva das cortes de justiça estatal ou de resolução de disputa no âmbito privado. Na esfera pública, a tecnologia para as cortes, inicialmente, foi feita para desenvolver e melhorar as práticas já existentes pela automação, enquanto, na esfera privada, a tecnologia foi usada no âmbito das plataformas *e-commerce*, permitindo processos automatizados e em escala, o que foi chamado de *Online Dispute Resolution* (ODR). No mesmo contexto da economia digital surgiram as propostas de melhoramento das relações ali estabelecidas, por tecnologias de *blockchain* e *smart contracts*.

As ODRs existentes no âmbito privado e transnacional tangenciam questões típicas das discussões de jurisdição e internet, relativas a conceitos clássicos de soberania, questão da lei aplicável ao caso e produção normativa na utilização do conceito de governança. As ODRs descentralizadas pela tecnologia *blockchain* potencializam, então, essa discussão, por não manterem vínculo com nenhuma jurisdição e adicionam um elemento da autoexecutoriedade ao debate. Trata-se de uma solução, em si, transfronteiriça e potencialmente autoexecutiva.

Conforme visto, muito embora já se use o conceito de ODR para o sistema de justiça estatal, é comum se estabelecer a relação entre ODR e ADR, quase em uma relação de gênero e espécie. Assim, as ODRs no Brasil podem ser consideradas como parte da jurisdição estatal em uma acepção contemporânea e funcional. Pertinente, porém, indagar se uma ODR intencionalmente ajurisdicional, como aquela desenvolvida em uma plataforma distribuída como a *blockchain*, poderia ser considerada como expressão da jurisdição nesse sentido, tal qual se dá com relação aos métodos de mediação ou arbitragem.

Dáí decorre, ainda, outra questão: como visto, o sistema multiportas não impõe limites prévios ao formato ou ao método de solução de conflito. Há, contudo, como já apontado pela doutrina, uma preocupação com relação à justiça procedimental de modelos de ODR. Dessa forma, poderia um modelo baseado em *blockchain*, como os aqui analisados, ser considerado uma porta legítima desse sistema?

Enfim, as tecnologias de ODR têm sido vistas com muito entusiasmo no sentido de promoverem o acesso à justiça ou à ordem jurídica justa. No entanto, um sistema de ODR baseado no *crowdsourcing*, cuja lógica básica é a teoria dos jogos, continua a ser uma expressão de acesso à justiça?

A teoria dos jogos já sofreu críticas no sentido de que, muito embora seja tida como uma teoria comportamental, seus pressupostos sobre utilidades e ganhos não expressam todos os elementos essenciais de um indivíduo em conflito (RAPOPORT, 1974). Sendo assim, ficaria

comprometido o senso de justiça da decisão tomada nesse modelo, já que o senso de justiça de resultado está intimamente condicionado ao senso de justiça procedimental (DEUTSCH, 2014, p. 33).

Outra questão de grande relevância diz respeito à autoexecutoriedade dos *smart contracts* e, potencialmente, às decisões das ODR baseadas em *blockchain*. Com relação a esse tema, Yarshell e Rezende (2021, p. 646) não veem empecilhos impostos pela ordem jurídica e execução privada, na medida em que poderia já, antes mesmos dos *smart contracts*, considerar que, uma vez preservado o controle jurisdicional, a autonomia privada poderia dar fundamento também à desjudicialização da execução.

Entretanto, é possível estabelecer críticas contundentes a essa característica dos *smart contracts*, sobretudo ante o seu potencial de expansão para diversos modelos de negócio e abrangência para inúmeras interações e transações diárias. De acordo com Riika Koulu (2018, p. 181), a coerção privada ignora o legítimo monopólio da força pelo Estado e circunscreve o controle do Estado ao devido processo legal, como um pré-requisito ao exercício da força. Isso se torna ainda mais problemático quando a questão do uso da força se fantasia de modelos de segurança contratual. Há grandes desafios em se garantir um controle jurisdicional de uma forma descentralizada e potencialmente transfronteiriça. Assim, o reconhecimento da ausência de monopólio da jurisdição pelo Estado não levaria à relativização desse monopólio com relação ao uso da força.

Ao contrário do apontado anteriormente, para a autora seria inviável utilizar a autonomia da vontade como narrativa justificadora da privatização da coerção. Segundo ela, muito embora a autonomia e o consentimento sejam de fato os fundamentos das ADRs, isso somente se dá por se pressupor o Estado como o garantidor da coerção. O pressuposto da autonomia é a voluntariedade, portanto, não é logicamente possível conceber que a voluntariedade exista ao mesmo tempo que a coerção, assim, não se pode extrair do conceito de consenso e autonomia um de privatização da coerção (KOULU, 2018, p. 152-154).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os primeiros modelos de ODR e *blockchain* têm o seu advento em um ecossistema comum do mercado de transações de economia digital. De forma paralela e cada um à sua maneira, ambos se desenvolveram para conferir mais segurança, confiabilidade e eficiência a esse mercado. Nesse contexto, o grande trunfo dos modelos de ODR era ser tido como uma

espécie de ADR em plataformas digitais que pudessem agregar mais funcionalidades do ecossistema tecnológico à solução de conflitos decorrentes desse mesmo ambiente virtual. Por sua vez, uma das grandes vantagens da arquitetura *blockchain* era trazer a possibilidade de ausência de intervenção de um terceiro para garantir a executividade das transações.

Tanto os modelos de ODR quanto os de arquitetura *blockchain*, ao menos nas suas primeiras expressões no contexto da economia digital, possuem como uma de suas características a ideia de prevenção de conflitos. Há, portanto, uma interseção desses dois fenômenos, que trazem a possibilidade da sua complementação, seja pelo desenvolvimento de modelos de ODR com a tecnologia *blockchain*, seja pela utilização de modelos de ODR para eventuais conflitos não dirimidos internamente por essa plataforma. Esses fenômenos, contudo, possuem uma terceira intercessão, sendo ela relativa ao âmbito do Direito, já que a noção clássica de jurisdição e acesso à justiça trazidas pelo Direito se reflete no monopólio do Estado e nos serviços prestados pela Sistema de Justiça, tanto para decisões como para execução.

No contexto nacional, vê-se uma reinterpretação de noções de acesso à justiça, jurisdição que não mais se vincula ao sistema de justiça estatal exclusivamente, podendo ser expressos em diversos modelos de solução de disputas, os quais, em tese, poderiam ser modelos baseados em ODR e ODR por *blockchain*.

Ao se analisar o “estado da arte” de modelos de solução de conflitos baseados em *blockchain* já existentes, algumas questões relativas à justiça procedimental, observância de parâmetros mínimos do devido processo legal e questão da autoexecutoriedade dos *smart contracts* e monopólio da força executiva surgem.

Assim, muitas questões ainda se mostram em aberto com relação à interação entre as plataformas de ODR baseadas em tecnologia *blockchain* e os *smart contracts* e os institutos jurídicos, ainda que já tenham passado por processo de ressignificação e reinterpretação recentes. Cabe se questionar se as reformulações dessas noções jurídicas que conferem legitimidade aos modelos de ADR ou ODR até então conhecidos são passíveis de serem transportados para os modelos de ODR construídos com base em tecnologia *blockchain*. As novas arquiteturas impõem mais reflexões quanto à adequação desses institutos a esses novos modelos tecnológicos.

Essas são questões que merecem mais discussões, aprofundamento e amadurecimento. A promessa inicial de inexistência de conflitos ou total hermetismo para a sua solução, decorrentes de transações ou modelos operacionalizados por *blockchain*, não é uma realidade absoluta e o crescente uso dessa tecnologia no âmbito da economia digital, certamente, traz consigo a necessidade de saber como lidar com os conflitos daí decorrentes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana Loss de. Online courts: panorama e reflexões. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 424-444.

ARÁNGUIZ, Matías; MARGHERI, Andrea; XU, Duoqi; TRAN, Bill. **International Trade Revolution with Smart Contracts The Digital Transformation of Logistics**: Demystifying Impacts of the Fourth Industrial Revolution. [*S.l.*: *s.n.*], 2021. p. 169-184. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781119646495.ch12>. Acesso em: 02/07/2021.

BARNETT, Jeremy; TRELEAVEN, Philip. Algorithmic Dispute Resolution – The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies. **The Computer Journal**, v. 61, n. 3, p. 399-408, mar. 2018. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Algorithmic-Dispute-Resolution-The-Automation-of-AI-Barnett-Treleaven/a85629fab2b6e42202f5557866b11c79ca85927f>. Acesso em: 19/06/2022.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceitos e técnicas. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.) **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsia. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 147-186.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação e Administração Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

BRASIL. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. p. 11. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 01/07/2021.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

CUEVA, Villas Bôas. Integração dos meios de resolução de conflito Online (ODRs) aos sistemas de justiça. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 78-91.

DEUTSCH, Morton. Justice and conflict. *In*: COLEMAN, Peter T.; DEUTSCH, Morton; MARCUS, Eric C. (eds.). **The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice**. São Francisco: Jossey-Bass, 2014.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONÇALVES, Benedito. Jurisdição: uso de nova tecnologias. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 66-77.

KOULU, Riikka. **Blockchains and Online Dispute Resolution**: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement. 2016. Disponível em: <https://script-ed.org/?p=2669>. Acesso em: 30/07/2021.

KOULU, Riikka. **Law, technology and dispute resolution**: privatization of coercion. New York, NY: Routledge, 2018.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação Empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: opção para tratamento de conflitos de forma adequada. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsia. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAIA, Andrea; BECKER, Daniel. Acesso à Justiça e métodos online de resolução de conflitos. *In*: BRAGA, Adolfo Neto (org.). **Mediação empresarial – Experiências brasileiras**. São Paulo: CLA Cultural, 2019.

METZGER, James. The current landscape of blockchain-based, crowdsourced arbitration. **Macquarie Law Journal**, North Ryde, v. 19, p. 81-101, nov. 2019. Disponível em: <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20200929037454>. Acesso em: 26/06/2021.

MOULIN, Carolina Stange Azevedo. Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 1, jan./abr. 2021.

ORTOLANI, Pietro. The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 24, n. 2, p. 430-448, jun. 2019.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, p. 33-56, jan./jul. 2012.

PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia Blockchain e Direito Societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11. Acesso em: 25/06/2021.

RAPOPORT, Anatol. **Game Theory as a Theory of Conflict Resolution**. Boston: D. Reidel Publishing Company, 1974.

REVOREDO, Tatiana. **Blockchain**: tudo o que você precisa saber (potencial e realidade). [S.l.]: The Global Strategy, 2019.

SALLES, Carlos Alberto. Introdução à Arbitragem. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsia; [S.l.: s.n.], 2019.

SALTER, Shannon; THOMPSON, Darin. Public-Centred Civil Justice Redesign: A Case Study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal. **McGill Journal of Dispute Resolution**, v. 3, p. 113- 136, abr. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2955796>. Acesso em: 02/07/2021.

SILIPRANDI, Adriana; LOPES, Fernando. **Blockchain, bitcoin e smart contracts**: a revolução dos ativos digitais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de Disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.) **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsia. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHMITZ, Amy; RULE, Colin. Online Dispute Resolution for Smart Contracts. **Journal of Dispute Resolution**, Missouri, p. 103-125, jun. 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/726>. Acesso em: 26/06/2021.

TAKAHASHI, Koji. **Blockchain and Online Dispute Resolution**. 2018a. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3566676>. Acesso em: 26/06/2021.

TAKAHASHI, Koji. **Blockchain and Smart Contract for Contract Management (Dispute Prevention and Generation)**. 2018b. Disponível em: http://mddb.apec.org/Documents/2018/EC/WKSP2/18_ec_wksp2_005.pdf. Acesso em: 29/06/2021.

UN – United Nations. United Nations Commission on International Trade Law. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. Nova York: UN, April 2017.

VAN, Eck M. M. The Disruptive Force of Smart Contracts. *In*: DOORSAMY, W.; PAUL, B.; MARWALA, T. (eds). The Disruptive Fourth Industrial Revolution. **Lecture Notes in Electrical Engineering**, , v. 674, n, Springer 2020.

WATANABE, Kazuo. Solução de conflitos. **Cadernos FGV Projetos**, Rio de Janeiro, n. 30, abr./maio. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Contratos inteligentes e execução civil: diálogo possível e útil? *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 639-653.

O SENADO NORTE-AMERICANO E SEU *JUDICIARY COMMITTEE*: IMPACTOS DA FISCALIZAÇÃO POLÍTICA NO JUDICIÁRIO

THE UNITED STATES SENATE AND ITS JUDICIARY COMMITTEE: IMPACTS OF POLITICAL CONTROL ON THE JUDICIARY

Antonio Ali Brito¹

Resumo: artigo destinado a analisar a origem do Senado norte-americano e do seu Comitê do Poder Judiciário, bem como perquirir suas funções e atribuições, além de sua importância para manutenção das instituições no país. Posteriormente, buscar-se-á verificar como é realizado o controle dos juízes nos Estados Unidos, e realizar uma comparação com o Brasil, através do exame de sua compatibilidade com o sistema de freios e contrapesos e a máxima da separação dos poderes em ambos os países. Por fim, há de se analisar, também, os impactos da interferência política no exercício deste controle sobre o Poder Judiciário.

Palavras-chave: sistema republicano; freios e contrapesos; controle político; Poder Legislativo; Senado; comitê do judiciário; Poder Judiciário.

Abstract: Article destined analyze the origin of the US Senate and its Judiciary Committee, as well as investigating their functions and attributions, in addition to their importance for the maintenance of institutions in the country. Subsequently, it will seek to verify how the control of the Judiciary is made in the United States, making a comparison with Brazil, through the examination of its compatibility with the system of checks and balances and the maxim of separation of powers in both countries. Finally, we must also analyze the impacts of political interference in the exercise of this control over the Judiciary.

Keywords: republican system; checks and balances; political control; Legislative Power; Senate; judiciary committee; Judiciary Power.

Sumário: Introdução. 1. A concepção dos ideais federalistas sobre o Senado. 2. Idealização, história, e funções do Comitê do Judiciário. 3. Reflexos do controle político do Senado americano no Judiciário. 4. Comparação com o caso brasileiro. Conclusão

INTRODUÇÃO

A independência entre os poderes é um dos mais importantes fundamentos dos sistemas republicanos ao redor do mundo.

¹ Acadêmico de Direito no IDP – Brasília. Estagiário no Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Assessor acadêmico do Prof. Edvaldo Brito.

E o poder onde tal fundamento tenha, talvez, maior importância, seja, justamente, o Poder Judiciário, já que a independência é necessária para que seus membros possam atuar com isenção, de maneira alheia às pressões externas.

Entretanto, uma república com instituições sadias pressupõe que cada poder tenha funções típicas e atípicas para que cada um possa ter participação nas ações do outro, a fim de garantir que esse funcionamento das instituições se dê de maneira equilibrada.

É o que se chama de sistema de *checks and balances*, no Brasil conhecido como freios e contrapesos.

O que se busca no presente trabalho é analisar como uma das mais antigas instituições e vetustas instituições republicanas do mundo, que é o Senado dos Estados Unidos da América, realiza essa função de controle em face de outro importantíssimo poder, que é o Judiciário.

Como a atuação parlamentar é indissociável da atividade política, procura-se examinar de que modo essa função de controle, em tese, técnica, pode ser influenciada por fatores político-partidários.

A partir de uma comparação com o Brasil, também procura-se perquirir sobre de que modo a influência americana em nosso país impactou na preservação das instituições, de um modo geral, realizando uma análise de como ambos os países exerceram, historicamente, o sistema de freios de contrapesos.

1. A CONCEPÇÃO DOS IDEIAS FEDERALISTAS SOBRE O SENADO

Como sabido, o Poder Legislativo federal dos Estados Unidos tem como Casa Alta o Senado. Não foi sempre assim.

Desde a Revolução Americana, os Estados Unidos vinham adotando o modelo unicameral em suas legislaturas na época das colônias (SHULL, 1937, p. 7 e segs.). Porém, com a emergência dos trabalhos que ensejaram na Constituição de 1787, a criação de um modelo bicameral começou a ganhar força nos debates constituintes.

Fora concebido, inicialmente, com os debates de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003, p. 374-380), que idealizaram o Senado a partir das seguintes discussões:

1) O Senado deveria ser um corpo legislativo menor, composto por pessoas mais experientes, e com mandatos maiores, para que essa experiência pudesse, justamente, dar mais estabilidade às paixões políticas, normalmente oriundas da Casa Baixa, que, no caso americano, é a Casa dos Representantes (*House of Representatives*).

Assim, buscavam conferir maior coesão no corpo do Congresso, na medida em que, levando em consideração que a Casa dos Representantes teria como pressuposto a abertura para os anseios fervorosos do povo, o Senado, dotado de maior experiência, limitaria tal fervor a partir de uma análise de conveniência e oportunidade.

Que não se engane: a possibilidade de reeleição constante dos senadores, aliada a troca de parcela da casa na metade de cada período legislativo, ainda vinculava a vontade política da Casa Alta aos anseios do povo, mas, teria por objetivo o condicionamento a uma análise desses desejos com maior parcimônia. (WHITE, 1956, p. 84-86).

2) Discutia-se, à época, que a escolha dos senadores deveria ser realizada pelos legislativos estaduais. Eram ainda ideias em conformação, que vieram a desaguar no regime democrático de eleições majoritárias para o Senado.

É, portanto, mais uma característica a reiterar o quanto fora dito linhas acima, no sentido de, a partir da adoção da Emenda 17, em 1913, impelir a observância, também, da opinião pública, bem como assegurar uma forma de participação dos governos estaduais nas decisões federais.

Como, nos Estados Unidos, os as unidades federativas que mais têm aproximação com a população são os próprios Estados-membros — em razão da discricionariedade destes próprios em relação aos Municípios, Distritos, Condados, que não gozam das prerrogativas de absoluta autonomia — esse modo de escolha dos senadores foi pensando como um alicerce de legitimidade para a atuação da Casa, conforme ensina Robert Dahl (2001, p. 17, 28).²

3) Também foi pensado em uma Casa legislativa que pudesse refletir a os interesses da federação como um todo, a fim de equilibrar eventuais conflitos de interesse entre Estados maiores e Estados menores, analisando a partir de critérios demográficos.

Assim, entenderam que cada unidade federativa deveria ter representação proporcional nas cadeiras, como maneira de expressar a independência e a soberania de cada membro da federação, devendo ter participação igual nas deliberações acerca dos destinos da nação (LACROIX, p. 11 e segs.).

² São suas palavras: “*Senators were to be chosen not by the people but by the state legislatures, for a term of six years. Although this arrangement fell short of the ambitions of delegates like Gouverneur Morris who wanted to construct an aristocratic upper house, it would help to ensure that senators would be less responsive to popular majorities and perhaps more sensitive to the needs of property holders. Members of the Senate would thus serve as a check on the Representatives, who were all subject to popular elections every two Years. [...] The election of U.S. senators by state legislatures finally gave way to direct election with the adoption of the Seventeenth Amendment in 1913.*”

Desse modo, tinha-se a ideia de que a Casa seria um importante agente na governabilidade do país, enquanto instrumento de contenção política, administrativa e judiciária, sendo esta última objeto de maior aprofundamento nas linhas abaixo.

Desse modo, havendo uma maioria de senadores que, porventura, aprovassem qualquer legislação que passasse pela Casa, também implicaria em dizer que a maioria dos Estados-membros estaria de acordo com a tal *piece of legislation*.

4) Outro ponto de discussão foi a intenção de criar uma conformação adequada em relação ao número de senadores e os seus respectivos mandatos.

Como já foi adiantado em linhas atrás, entendeu-se pela necessidade de conferir menos cadeiras em relação à Casa dos Representantes, a fim de constituir um corpo legislativo mais coeso, além de conferir um período maior de mandato aos senadores em relação aos deputados, assegurando a mencionada função de manter a estabilidade política no país.

5) Assim, conforme lembra Bernard Schwartz (1955, p. 1031 e segs.) também pensaram em formas de conter, justamente, governos instáveis, listando alguns defeitos e problemas e calamitosos que o Senado, em sua concepção, ajudaria a mitigar:

- a) a imprudência e insensatez na representação dos conselhos públicos, cuja mutabilidade acarretava uma grande insegurança no que dizia respeito a mudanças na legislação;
- b) a diminuição da interferência de grupos de interesse sobre atividades de interesse público, limitando o poder de tomar decisões em benefício da maioria;
- c) conferir uma maior sistematização e logicidade às manifestações do Estado, muitas vezes tomadas, à época, por representantes oriundos da iniciativa privada, sem qualquer conhecimento mais aprofundado acerca da legislação, o que ensejava na produção de atos conflitantes ou repetitórios;
- d) restaurar a confiança e respeito do povo no que dizia respeito ao funcionamento da coisa pública, para que pudesse empreender suas atividades sociais e econômicas sem o receio de eventuais prejuízos que essa insegurança estatal pudesse lhe trazer.

E quanto ao Poder Judiciário? Qual o papel que o Senado teria em seu controle, já que, como visto, sua função fiscalizatória fora eminentemente reiterada pelos federalistas?

É o que se verá a seguir.

2. IDEALIZAÇÃO, HISTÓRIA, E FUNÇÕES DO COMITÊ DO JUDICIÁRIO

Não houve qualquer menção na Constituição, e nas discussões que lhe antecederam, sobre a subdivisão do corpo legislativo em colegiados menores, responsáveis pela deliberação sobre assuntos específicos.

No entanto, o rápido crescimento da população americana ensejou em uma maior dificuldade de restringir o funcionamento da Casa a um só colegiado, diante da complexidade, então, observada.

Assim, no dia 10 de dezembro de 1816, fora editada uma resolução criando onze grupos permanentes, que foram chamados de *Committees* (“Comitês”), que teriam por função dividir e otimizar os trabalhos legislativos do Senado.

Um desses Comitês foi, justamente, o *Judiciary Committee*.

Com o passar dos anos, o passou a desempenhar um papel importante no funcionamento do governo. (UNITED STATES, 2022)

No que diz respeito às funções de controle, executa a supervisão de órgãos como Departamento de Justiça e das agências sob sua jurisdição, incluindo o *Federal Bureau of Investigation* e o Departamento de Segurança Interna.

Outra função importante é analisar as indicações do Executivo para cargos no Departamento de Justiça, Escritório de Política Nacional de Controle de Drogas, Comissão de Liberdade Condicional dos Estados Unidos, Comissão de Sentença dos Estados Unidos e Instituto de Justiça do Estado, bem como indicações selecionadas para o Departamento de Segurança Interna e o Departamento de Comércio.

Segundo a Seção L do Regimento Permanente do Senado, o Comitê tem objeto realizar análises da legislação, resoluções, mensagens, petições, memoriais e outros assuntos relativos aos seguintes assuntos:

1. Distribuição de Representantes.
2. Falência, motim, espionagem e falsificação.
3. Liberdades civis.
4. Emendas Constitucionais.
5. Tribunais e juízes federais.
6. Informações do governo.
7. Feriados e comemorações.
8. Imigração e naturalização.
9. Compactos interestaduais em geral.
10. Processos judiciais, civis e criminais, em geral.

11. Tribunais locais nos territórios e posses.
12. Medidas relativas a reclamações contra os Estados Unidos.
13. Penitenciárias Nacionais.
14. Escritório de Patentes.
15. Patentes, direitos autorais e marcas registradas.
16. Proteção do comércio e do comércio contra restrições ilegais e monopólios
17. Revisão e codificação dos estatutos dos Estados Unidos.
18. Linhas de fronteira estaduais e territoriais.

Pois bem. Este Comitê também analisa todas as nomeações do Executivo para ocupação de cargos nos tribunais americanos, o que inclui a Suprema Corte, cortes de apelação, cortes distritais, além da Corte de Comércio Internacional, conforme previstas no artigo III da Constituição norte-americana.³

Na redação original do referido dispositivo, a expressão “enquanto bem servirem” foi traduzida do termo “during *good Behaviour*”, que, na literalidade, significa que os juízes somente manterão os seus cargos se agirem com bom comportamento.

Mas, que vem a significar esse bom comportamento, especificamente no que tange ao modo de aferição pelo seu órgão controlador, o Senado? Veja-se, a esse respeito, o ponto seguinte.

3. REFLEXOS DO CONTROLE POLÍTICO DO SENADO AMERICANO NO JUDICIÁRIO

A rigor, a medida mais drástica que pode ocorrer no bojo desta fiscalização senatorial é o processo de *impeachment*.

Nesse viés, Paulo Brossard (1992, p. 139 e segs.) bem sustenta que se trata de um processo com caráter político, haja vista se tratar de um “juízo político, prolatado por uma corporação política, em virtude de causas políticas, ao cabo de processo político, instaurado sob considerações de conveniência política.”

Assim, entende que, pela peculiaridade destas infrações, o julgamento jurídico, que segue o a lógica da legalidade, pode ser distinto do julgamento político, que se guia pelo juízo

³ “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto *bem servirem*, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.” (grifos adicionados)

de conveniência e oportunidade, o que poderia ensejar, também, em uma distinção no modo como se julgam autoridades públicas.

Entretanto, equiparou o Senado, enquanto um tribunal político, a um órgão que deve se proceder como tribunal de justiça, razão pela qual pôde citar exemplos em que o *Chief Justice* da Suprema Corte presidiu a Casa Alta do Legislativo nos chamados *impeachment trials*.

É, desse modo, que concluímos com o ilustre Ministro, no sentido de que “o fato de ser o *impeachment* um processo político não significa que ele deva ou possa marchar à margem da lei”. (*Ibid.*, p. 146) Trata-se de conclusão que se coaduna com um maior grau de racionalidade e segurança jurídica no tratamento disciplinar nos agentes públicos.

Nos últimos 40 anos, apenas 5 processos de *impeachment* contra magistrados foram levados a efeito, o que permitiria inferir, de modo deveras questionável, que somente 5 juízes, durante este tempo, não procederam de acordo com o “*good behavior*” previsto no Artigo III Constituição.

Poderia se dizer, no entanto, que existem outras formas de controle do Senado, para que se evitasse chegar a medidas de cunho tão drástico como a remoção compulsória do cargo, sendo aí estudadas as funções do Comitê do Judiciário.

Certo é que não se pode confundir a natureza política do julgamento do *impeachment* com os meios de controle que a ele precedem.

Podem, ainda, haver formas de proceder com tal controle, de modo a que, partindo-se da prerrogativa de fiscalização senatorial, o uso do *constitutional hardball*, na expressão de Mark Tushnet (2004, p. 523)⁴ é de tal ordem, que, em certos casos, se chega a uma verdadeira submissão do Poder Judiciário aos interesses da arena política.

Um bom exemplo disso é o chamado *filibuster*.

Barack Obama (2006, p. 80 e segs.) define-a como a prática que, justificada na necessidade de consenso unânime na condução dos trabalhos do Comitê e da Casa Legislativa, pode ser levada a efeito por alguns parlamentares que se utilizam de todos os meios possíveis para atrasar os procedimentos adotados na resolução de uma demanda.

Somente três quintos do Senado podem por fim a esta prática através da *cloture*, que é a determinação do fim dos debates.

⁴ Diz: “it consists of political claims and practices—legislative and executive initiatives—that are without much question within the bounds of existing constitutional doctrine and practice but that are nonetheless in some tension with existing pre-constitutional understandings. It is hardball because its practitioners see themselves as playing for keeps in a special kind of way; they believe the stakes of the political controversy their actions provoke are quite high, and that their defeat and their opponents’ victory would be a serious, perhaps permanent setback to the political positions they hold.”:

Um dos grandes focos de utilização do *filibuster* é no processo de nomeação de juízes, que, nos Estados Unidos, é mais amplo, sendo responsabilidade do presidente da república indicar de juízes federais de 1º grau até juízes da Suprema Corte.

Nesse sentido, diante do alto número de indicações realizadas por um Presidente, é a maioria parlamentar da Casa Alta, refletindo a maioria no *Judiciary Committee*, que deverá definir os destinos da nomeação.

Obama⁵ (*Ibid.*, p. 83) prossegue, entendendo serem pertinentes, indicações de magistrados que possuam perfil moderado, apartidário, de modo que a sua nomeação não deva se submeter a critérios de escolha exclusivamente políticos.

Entretanto, sustenta que a identidade ideológica dos indicados com o Chefe do Executivo tem sido tamanha, em alguns casos, que o acaloramento das suas sabinas tem transformados em verdadeiros debates políticos, ao invés de verificação da qualificação técnica do candidato ao cargo pretendido.

Um grande exemplo ocorreu, inclusive, durante a sua presidência. Em 2016, último ano de seu segundo mandato, Obama anunciou a nomeação do Juiz Merrick Garland para uma das vagas na Suprema Corte americana, decorrentes da morte de Antonin Scalia.

O Senado, com maioria republicana e contrária ao Presidente, sob a liderança do senador Mitch McConnell, simplesmente se negou a sequer ouvir o indicado, sob a inédita alegação de que, por ser o último ano de mandato, as sabinas ficariam comprometidas, sob o aspecto temporal.

Já em 2020, último ano do mandato do Presidente Trump, foi indicada a Juíza Amy Coney Barret à Suprema Corte, em decorrência do falecimento de Ruth Bader Ginsburg. O mesmo Senado, com a mesma maioria republicana, desta vez em apoio ao Presidente, e liderada pelo mesmo Mitch McConnell, realizou as sabinas e aprovou o nome da candidata, ignorando o argumento utilizado em 2016, mesmo em se tratando de situações idênticas.

Ao invés de se utilizarem de tais métodos, uma melhor opção seria respeitar a opção do povo nas urnas para o cargo de Presidente da República e conceber que, sem a aprovação/reprovação dos nomes indicados em razão de prerrogativa constitucional conferida ao Presidente, esse mesmo povo sequer poderá gozar da efetividade na prestação jurisdicional no país, por conta de divergências de natureza eminentemente política.

⁵ *Ibid.*, p. 83.

No primeiro mandato do Presidente George W. Bush, chegou-se a impressionante marca de, dentre mais de 200 nomeações para o Judiciário, somente 10 não serem levadas a efeito no Comitê e no Senado, como um todo.

Diante da reação democrata no sentido de conferir maior obstrução às nomeações que ocorressem no segundo mandato do Presidente Bush, os republicanos ameaçaram trabalhar para excluir qualquer possibilidade regimental de *filibuster*.

Desse modo, os Professores Catherine Fisk e Erwin Chemerinsky (2005, p. 331-352) escreveram, em reação, um estudo no qual condenavam a pretensão republicana e, para a surpresa de muitos, desenvolveram uma sólida defesa para a continuidade da possibilidade de obstrução, no Comitê do Judiciário e no plenário do Senado, à nomeação de juízes.

Defendiam, primordialmente, que a democracia americana não se restringiria a uma ditadura da maioria, razão pela qual a participação da minoria nos processos de decisão política também se fazem importantes.

Aqui, aprendemos, também, com Kelsen (1998, p. 401-411) que, muito embora a vontade e a concordância da maioria sejam condições para validar a ordem social, com o intuito de que esta possa refletir, ao máximo possível, o princípio da autodeterminação dos povos, um dos elementos característicos da democracia é a participação da minoria, cujos interesses não podem ser absolutamente opostos ao conteúdo dessa ordem social.

Então, os dois professores americanos pontuaram uma questão de cunho primordial: esta modalidade de controle das minorias também pode ser compreendido como uma necessária manifestação do sistema do *checks and balances*, possibilitando justamente o contraponto do Poder Legislativo ao Poder Executivo que, mesmo tendo, em alguns casos, a maioria no Senado e, por consequência, no Comitê do Judiciário, deverá ter seus poderes constantemente fiscalizados e eventualmente limitados, como manda o referido sistema.

4. COMPARAÇÃO COM O CASO BRASILEIRO

Utiliza-se, aqui, o Direito Comparado, na sua faceta de pesquisar e relacionar semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas, enquanto organizações jurídicas de determinada região.

Assim, se busca conhecer cada ordenamento detalhadamente, confrontando entre eles, por meio da macrocomparação, analisando famílias de direito distintas (*common law* e *civil law*) (DAVID, 1982, p. 110) (ANCEL, 1980, p. 66-67); da mesocomparação, esta entre ramos

do direito diferentes (como o Direito Constitucional já, aqui, analisado) (SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 148); da microcomparação, na investigação de institutos específicos de cada ordem jurídica, à exemplo dos mecanismos de controle do Poder Judiciário (ALMEIDA, 1994, p. 7).

Analisa-se, desse modo, as diferenças e as analogias da estrutura e da disciplina reconhecíveis de cada um destes sistemas, de modo a conhecer, também, a contribuição que o direito comparado dá ao estudo do direito nacional, considerado na totalidade dos seus diferentes setores e, assim, verificar a sua possível unificação. (PIZZORUSSO, 1987, p. 80, 84)

Além do procedimento impeachment contra Ministros do Supremo Tribunal Federal, que deve ser conduzida pelo Senado, também, pela Comissão de Comissão de Justiça (equivalente ao *Judiciary Committee* no Brasil), a previsão constitucional originária sobre as funções de controle do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário pode ser bem resumida por José Tarcízio de Oliveira Melo (1996, p. 258).⁶

Aliomar Baleeiro (1964, p. 34-35) já profetizava, no entanto, que, como influência do que ocorre nos Estados Unidos, as funções senatoriais passaram a ser exercidas com cada vez menos altivez perante os outros poderes. Fazia-se prevalecer, portanto, os interesses da arena política, o que ocasionava em certa timidez no exercício das funções de controle.

Como reflexo disso, Tércio Sampaio Ferraz Jr (1994, p. 19-20)⁷ pondera que a substituição do *checks and balances* — tal como defendido, em teoria, pelos norte-americanos — em detrimento da vinculação do controle do Judiciário à opinião pública, geraria uma verdadeira politização da Justiça:

Nesse sentido, concebeu-se a ideia de criar mecanismos de controle externo do Judiciário, dotados de teor mais técnico, fora do contexto político mencionado logo acima.

Opiniões respeitadas, como a de Josaphat Marinho (1993, p. 166)⁸, posicionaram-se, de logo, contrariamente à criação desse órgão externo, ao argumento de serem inconstitucionais, por violarem a independência entre os poderes.

⁶ São suas palavras: “o controle legislativo do Poder Judiciário, além daquele em que o Congresso tem como auxiliar o Tribunal de Contas da União, dá-se com a participação na elaboração dos projetos de lei, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, concernentes à alteração do número de cargos de membros dos Tribunais e dos respectivos servidores, e fixação dos vencimentos, bem como à organização e divisão judiciária (art. 96, III)”.

⁷ *In verbis*: “A desneutralização política do juiz, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do Judiciário.”

⁸ “não é constitucional, nem prudente ou necessário, que se crie órgão misto na estrutura do Poder Judiciário, ou entidade alheia a seus quadros, com a finalidade de exercer o controle externo da Justiça ou da Magistratura. A Independência do Poder não suporta interferência dessa índole sem desnaturá-lo, prejudicando a liberdade de consciência, essencial à aplicação das leis e ao resguardo do direito das pessoas. O controle externo, indicador de

O Ministro Carlos Velloso (1994, p. 19, 21-22)⁹ apresentou um meio-termo à discussão, propondo a criação de um Conselho da Magistratura, que não fosse, de todo, externo ao Poder Judiciário, mas que contivesse magistrados em sua composição, para exercer este controle:

Nesse contexto, é que veio a idealização de um Conselho Nacional de Justiça, que, concebido para uma função meramente correicional (BARBOSA MOREIRA, 2007) passou a ter, inclusive, atribuição para normatizar sobre o funcionamento do Poder Judiciário, administração da Justiça, boas práticas etc, como aduzem Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez (2022, p. 45 e segs.) e Michel Temer (1994, p. 77-78)¹⁰. Suas competências estão arroladas no art. 103-B, § 4º, da Constituição.¹¹

erros e deficiências, além de traduzir-se ou manifestar-se por meio de recursos legais no processo sob julgamento, pode ser desempenhado, independentemente de ações em curso, por quaisquer instituições idôneas, entre as quais sobressaem o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil. Mesmo a demora no julgar, de ordinário atentatória de um a das partes, e sempre de correção necessária, não justifica procedimento que deforme a instituição judiciária”.

⁹ “O fato de não concordar com o “controle externo do Judiciário”, não quer dizer que não reclame eu a instituição de um Conselho Nacional da Magistratura que realizaria um controle de qualidade do Judiciário e dos juízes. Primeiro que tudo, não podemos ignorar que há problemas no Judiciário que precisam ser corrigidos. Reporto-me, novamente, à palestra que proferi em setembro de 1990, em Santa Catarina, no ‘XI Congresso Brasileiro de Magistrados’, na qual análise e discuti alguns desses problemas. É preciso, na verdade, que o Poder Judiciário efetive o seu controle de qualidade, controle de qualidade da Justiça e dos juízes. [...] Para que se efetive esse controle — controle que o próprio Judiciário realizará —, proponho a criação de um Conselho Nacional da Magistratura, que seria instituído junto ao Supremo Tribunal Federal e que teria as atribuições principais de fiscalizar o andamento dos serviços judiciários, tomar efetiva a pronta prestação jurisdicional, mediante a investigação e o exame das causas de emperramento da máquina judiciária, formulando proposta de soluções, punindo, se for o caso, o juiz ou o servidor que não seja laborioso, afastando e punindo os juízes e servidores desonestos ou que não tenham vocação para o cargo.”

¹⁰: “O Conselho Nacional de Justiça será um outro poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, nefasta influência na decisão judicial. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimidado pelo Conselho. Haverá, porém, nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional.”:

¹¹ “ I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.”

Feita, portanto, essa comparação com a situação brasileira, chega-se às seguintes conclusões:

CONCLUSÃO

Parte-se, com Edvaldo Brito (2006, p. XXI), da premissa de que a separação entre os poderes é um “pilar do regime democrático na medida em que assegura a liberdade individual mediante a divisão das atribuições estatais entre vários segmentos sociais”, chegando-se a afirmar que a independência do Poder Judiciário se trata, em verdade, de um direito subjetivo público do cidadão, com fonte no poder constituinte.

Para agir na garantia deste direito, as instituições devem prezar pelas *consequências jurídicas* que dele decorrem, afastando qualquer conotação político-partidária do controle do Poder Judiciário.

E isso pode ocorrer de diversas formas.

Nos Estados Unidos, como vimos, foi mediante a adoção do *Judiciary Comittee* norte-americano enquanto um colegiado a compor o Senado Federal do país, para conduzir, por exemplo, por exemplo, audiências para a verificação do “*good behaviour*” do magistrado em sua judicatura, tal como é a determinação do Artigo III da Constituição norte-americana.

O que se sugere é a adoção de medidas para tornar este controle mais técnico, como, no caso do Brasil, ocorreu com a criação de um Conselho para auxiliar e zelar pela organização e regulamentação da Justiça, sendo nele incluída, também, a função correicional.

Além disso, a propriedade técnica destes órgãos tem sido de grande valia para conferir maior racionalidade ao nosso sistema de administração judiciária, algo que, também, poderia ser utilizado nos Estados Unidos.

Tudo, portanto, deverá ser feito de forma a velar pelo sistema de freios e contrapesos, *checks and balances*, para garantir que estes países possuam instituições equilibradas, harmônicas e independentes, cada qual adaptada à cultura jurídica da respectiva localidade.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. **Frustrações do Senado**. In: Revista de informação legislativa, v. 1, n. 3, set. 1964.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Emenda Constitucional nº 45 e processo**. In: Temas de direito processual: (nona série). São Paulo, Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 08 mai. 2022.

BRITO, Edvaldo. **Inconstitucionalidades na Emenda Constitucional n. 45: o Ministério Público, o seu Conselho Nacional. A súmula vinculante**. In: Reforma do Judiciário: Edvaldo Brito, Fredie Didier Jr., Saulo José Casali Bahia (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2006.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DAVID, René. **Le droit comparé droits d'hier, droits de demain**. Paris. Ed. ECONOMICA, 1982.

DAHL, Robert A. **How Democratic Is the American Constitution? New Haven & London: Yale University Press, 2001.**

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. Salvador, Juspodvim, 2022.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** In: Revista USP, n. 21, 1994.

FISK, Catherine; CHEMERINSKY, Erwin. **In Defense of Filibustering Judicial Nominations**. In: Cardozo Law Review, vol. 26, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACROIX, Alison L. **The Ideological Origins of American Federalism**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

MARINHO, Josaphat. **Controle do Poder Judiciário**. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. v. 7, n. 4, jul./dez., 1993.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

OBAMA, Barack. **The audacity of hope**. New York: Crown Publishers, 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1987.

SCHWARTZ, Bernard. **Legislative Control of Administrative Rules and Regulations: The American Experience**. In: New York University of Law Review, n. 30, 1955.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SHULL, Charles W. **American Experience with Unicameral Legislatures**. In: Report n. 11 - School of Public Affairs and Social Work of Wayne University. Detroit: Detroit Bureau of Governmental Research, Inc., 1937.

TEMER, Michel. **Constituição e Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

TUSNET, Mark V. **Constitutional Hardball**. In: The John Marshall Law Review, vol. 37, issue 2, 2004.

UNITED STATES SENATE COMITEE ON THE JUDICIARY. Disponível em: <www.judiciary.senate.gov/about/>. Acesso em 21 abr. 2022.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta**. In: Revista de Informação Legislativa, v. 31 n. 121 jan./mar. 1994.

WHITE, William S. Citadel: **The Story of the U.S. Senate**. New York: Harper & Brothers, 1956.

DIFERENÇAS BENÉFICAS NO DIREITO MATERIAL TRABALHISTA DOS EMPREGADOS PORTUÁRIOS EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS REGIDOS EXCLUSIVAMENTE PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

BENEFICIAL DIFFERENCES IN THE MATERIAL LABOR LAW OF PORT EMPLOYEES IN RELATION TO EMPLOYEES GOVERNED EXCLUSIVELY BY THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS

Fernanda Quinderé Tavares Batista¹
Wisllen Ezequiel Conceição Cunha²

Resumo: o presente artigo visa debater diferenças benéficas no direito material trabalhista dos empregados portuários em relação aos empregados regidos exclusivamente pela CLT, destacando-se o horário noturno das 19 (dezenove) horas de um dia às 07 (sete) horas do dia seguinte; a remuneração dos riscos da atividade portuária no percentual de 40% (quarenta por cento); e as horas extras a 100% (cem por cento) nos serviços realizados no horário de refeição. Procurou-se demonstrar estas diferenças de forma objetiva, e sem o foco de tratamento privilegiado dos empregados portuários com vínculo com a Administração Portuária, uma vez que a Constituição Federal reconhece a valorização do trabalho, e, como é de conhecimento amplo, o trabalho nos portos do Brasil tem seu valor nacional e internacional reconhecido. Ao final, destacou-se que o legislador deveria propor uma nova norma trabalhista geral, a fim de assegurar a todos os trabalhadores celetistas condições equivalentes na relação de trabalho.

Palavras-Chave: leis trabalhistas; empregados portuários; empregados celetistas; porto organizado.

Abstract: the present article aims to discuss beneficial differences in material labor law of port employees in relation to employees governed exclusively by the CLT, highlighting the night hours of 19 (nineteen) hours of one day to 07 (seven) hours of the next day, the remuneration of the risks of port activity in the percentage of 40% (forty percent), and overtime at 100% (one hundred percent) in services performed during meal times. We tried to show these differences objectively, and without focusing on privileged treatment of port employees with a link to the Port Administration, since the Federal Constitution recognizes the value of work, and, as is widely known, the work in the ports of Brazil has its national and international recognized value. At the end, it was highlighted that the legislator should propose a new general labor norm, in order to assure to all workers under the labor law equivalent conditions in the work relationship.

Keywords: labor law; port employees; contractual employees; organized port.

¹ Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialização em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontificadora Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Universidade Potiguar. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

² Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Ciência, com Habilitação em Química pela Universidade Federal do Pará. Graduado em Matemática pela Universidade do Estado do Pará. Especialização em Direito Administrativo pela Pontificadora Universidade Católica de Minas Gerais. MBA em Gestão de Pessoas pela Universidade Estácio de Sá. Assessor da Diretoria Administrativo-Financeira da Companhia Docas do Pará.

Sumário: Introdução. 1. Horário noturno das 19 (dezenove) horas de um dia às 07 (sete) horas do dia seguinte. 2. Remuneração dos riscos da atividade portuária no percentual de 40% (quarenta por cento). 3. Horas extras a 100% (cem por cento) nos serviços extraordinários realizados no horário de refeição. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A atividade portuária no Brasil é sem dúvida uma das mais colaborativas para o desenvolvimento da economia nacional, tendo em vista que boa parte de sua riqueza é transportada por navios e balsas ao longo dos seus extensos rios e mares.

E, nesse diapasão, o estudo do Direito Portuário, em seu sentido amplo, deve merecer um olhar mais dedicado no contexto acadêmico, pois os portos e os terminais, públicos e privados, exercem papéis estratégicos e essenciais na movimentação de cargas e de pessoas, cujas execuções operacionais são realizadas pelos milhares de trabalhadores que labutam diariamente nessas instalações portuárias, durante, em regra, 24 (vinte e quatro) horas por dia e de domingo a domingo.

Diante dessa realidade, não há como não querer compreender as regras trabalhistas que regem esses trabalhadores, principalmente, os que atuam nos portos organizados, e que possuem vínculo com a Administração Portuária, posto que nas aulas de Direito do Trabalho que ocorrem nas graduações em Direito no Brasil, no geral, não são tratadas as suas especificidades em detalhes.

Certamente, a partir da leitura dos parágrafos anteriores, a curiosidade sobre o assunto deve ter chamado à atenção dos amantes do Direito Material e Processual do Trabalho, notadamente dos que nunca tiveram a oportunidade de estudar a Lei nº 4.860/1965 de forma mais profunda. Porém, é salutar contextualizar o tema, partindo da regra geral.

Assim, como é de conhecimento amplo, as regras gerais trabalhistas dos empregados das Pessoas Jurídicas Privadas no Brasil têm previsões no Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/1943, também denominado de Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Entretanto, algumas categorias possuem regulamentações específicas trabalhistas, estando incluídos, neste particular, os empregados portuários.

Por intermédio da Lei nº 4.860, de 26/11/1965, o legislador infraconstitucional trouxe alguns regramentos específicos para os empregados que desempenham suas atividades laborais nos portos organizados do Brasil, destacando-se, entre outros: o horário noturno das 19

(dezenove) horas de um dia às 07 (sete) horas do dia seguinte; a remuneração dos riscos da atividade portuária no percentual de 40% (quarenta por cento); e as horas extras a 100% (cem por cento) nos serviços extraordinários realizados no horário de refeição.

As regras supracitadas, em comparação com as previstas para os demais empregados celetistas regidos pela CLT, são mais benéficas, haja vista que o legislador infraconstitucional, à época, compreendeu que os trabalhos desenvolvidos nos portos organizados eram relativamente mais desgastantes e de interesse nacional, e que, neste caso, os empregados portuários com vínculo com a Administração Portuária mereciam uma atenção especial do Congresso Nacional, principalmente no que tange às parcelas que compunham suas remunerações.

E é diante deste cenário que o presente estudo buscou, sem querer esgotar o debate sobre o assunto, trazer as diferenças benéficas no direito material trabalhista dos empregados portuários em relação aos empregados regidos exclusivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Então, vamos a estas!

1. HORÁRIO NOTURNO DAS 19 (DEZENOVE) HORAS DE UM DIA ÀS 07 (SETE) HORAS DO DIA SEGUINTE

A Carta Constitucional de 1946, no art. 157, III, trouxe em seu bojo a previsão de que o salário do trabalho noturno deveria ser superior ao do trabalho diurno.

Em que pese à valorização Constitucional do trabalho noturno em relação ao diurno, esta vantagem aos empregados não era novidade na legislação *juslaboral* brasileira, já que o art. 73 do Decreto-Lei nº 5.452/1943, desde sua origem, tinha expressamente como previsão o adicional noturno de, no mínimo, 20% (vinte por cento) sobre o salário diurno, com o fito de minimizar os trabalhos desenvolvidos nesse período.

De acordo com DELGADO (2019, p. 1113), esta diferenciação valorizada se deu em razão de que o trabalho no período noturno é mais desgastante do que no período diurno, já que o relógio biológico, reconhece que o período noturno, compreendido entre às 22 (vinte e duas) horas de um dia e às 05 horas do dia seguinte, é para repouso e para recomposição das energias do ser humano.

O autor destaca que

o trabalho noturno provoca no indivíduo agressão física e psicológica intensas, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em período em que o

ambiente físico externo induz ao repouso. Somado a isso, ele também tende a agredir, com substantiva intensidade, a inserção pessoal, familiar e social do indivíduo nas micro e macrocomunidades em que convive, tornando especialmente penosa para o obreiro a transferência de energia que procede em benefício do empregador. (DELGADO, 2019)

SARAH KEATING (2017) reforça essa tese de que o trabalho noturno é extremamente prejudicial aos empregados. Em artigo publicado no site da BBC News/Brasil, em 28/12/2017, com o tema “Os problemas de saúde causados pelo trabalho noturno”, ela destaca que os efeitos colaterais do labor no período da noite “podem ser sentidos no curto e longo prazo”.

A autora, escorada nos estudos de Russel Foster, professor da Universidade de Oxford, no Reino Unido, especialista do sono, traz à baila os efeitos no organismo em relação ao trabalho noturno. Segundo destacado por Keating, o especialista afirma que, não obstante estarmos apenas trabalhando, “estamos esguichando glicose na circulação, estamos aumentando a pressão arterial, estamos gerando alerta para lidar com ameaças potenciais”, o que, conseqüentemente, traz danos e doenças irreparáveis para a saúde, tais como: diabetes, câncer e infarto do miocárdio.

Por razões como as supracitadas, ainda que no período anterior à sanção da Lei nº 4.860/1965 não tivessem estudos tão avançados sobre os efeitos do trabalho noturno, o legislador infraconstitucional estabeleceu, em seu art. 4º, § 1º, que o horário do trabalho noturno dos empregados portuários, com vínculo com a Administração Portuária, seria contado a partir das 19 (dezenove) horas de um dia às 07 (sete) horas do dia seguinte, trazendo para eles, em relação aos empregados regidos exclusivamente pela CLT, uma condição mais benéfica, posto que o labor, no período destacado, contará com o “plus” de 4 (quatro) horas a mais como noturnas.

Vale esclarecer que, em que pese o art. 73, § 2º, da CLT prever que o horário noturno é considerado das 22 (vinte duas) horas de um dia às 05 (cinco) horas do dia seguinte, nos termos da Súmula nº 60, II, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), entende que “cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas”.

Realizando uma análise pormenorizada da contagem dessas horas a mais, notar-se-á que essa condição traz um benefício de mais de 20% para os empregados portuários, uma vez que, enquanto o empregado celetista poderá receber 10 (dez) horas de adicional noturno das 19 (dezenove) horas às 07 (sete) horas, o mencionado empregado poderá receber 12 (doze) horas.

Por derradeiro, é importante frisar que, para os empregados públicos que prestavam serviços de capatazias nos portos organizados, o legislador ainda estabeleceu a possibilidade do adicional noturno ser de até 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 2º, caput, c/c o art.

2º, parágrafo único, ambos da Lei nº 7.002, de 14/06/1982, o que amplia, proteção ao empregado portuário.

Art. 2º - A remuneração básica da jornada especial será a mesma da jornada ordinária diurna, acrescida de adicional noturno de até 50% (cinquenta por cento), incidente sobre as 6 (seis) horas trabalhadas e sua eventual hora de prorrogação.

Parágrafo único - Os valores do adicional noturno e do acréscimo da hora extraordinária serão estabelecidos em acordo coletivo de trabalho, homologado pelo Conselho Nacional de Política Salarial. (BRASIL, 1982)

Realizando uma análise comparativa, por intermédio dos dados ilustrativos a seguir, constata-se que o pagamento de 10 (dez) horas de adicional noturno aos empregados celetistas gerais em relação ao pagamento de 11 (onze) horas de adicional noturno aos empregados portuários equivalem a 36,36% (trinta e seis inteiros e trinta e seis centésimos por cento), sendo que não foram levados em consideração os reflexos em repouso semanal remunerado (RSR), no fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), 13º salário e férias + 1/3.

a) Empregado Celetista:

- Jornada de Trabalho: das 19h às 7h
- Horas de Adicional Noturno: 10 (dez)
- Horário de Intrajornada: 21h às 22h
- Salário Normal: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Divisor de Horas: 200 (duzentas)
- Adicional Noturno de 20% sobre o Salário Normal Diurno
- Salário Hora Normal Diurno: $(R\$ 2000,00/200) \times 0,20 = R\$ 20,00$ (vinte reais)

Dessa forma, tem-se:

Horas de Adicional Noturno = Salário Hora Normal Diurno X Quantidade de Horas Noturnas = $R\$ 20,00 \times 10 = R\$ 200$

Logo, o valor das 10 (dez) horas de adicional noturno será de R\$ 200,00 (duzentos reais).

b) Empregado Público Portuário:

- Jornada de Trabalho: das 19h às 7h.
- Horas de Adicional Noturno: 11 (onze)
- Horário de Intrajornada: 21h às 22h
- Salário Ordinário Diurno: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Divisor de Horas: 200 (duzentas)
- Adicional Noturno de 50% sobre o Salário Hora Diurno

- Salário Hora Ordinário Diurno: $(R\$ 2000,00/200) \times 0,50 = R\$ 50,00$ (cinquenta reais)
Dessa forma, tem-se:

Horas de Adicional Noturno = Salário Hora Ordinário Diurno X Quantidade de Horas Noturnas = $R\$ 50,00 \times 11 = R\$ 550$

Logo, o valor das 11 (onze) horas de adicional noturno será de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais).

Assim, pode-se afirmar que, considerando exclusivamente o período noturno estabelecido no art. 4º, § 1º, da Lei nº 4.860/1965, bem como a possibilidade do adicional noturno ser de 50% (cinquenta por cento), os empregados portuários possuem uma condição mais benéfica em relação aos empregados regidos exclusivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho.

2. REMUNERAÇÃO DOS RISCOS DA ATIVIDADE PORTUÁRIA NO PERCENTUAL DE 40% (QUARENTA POR CENTO)

Inicialmente, é importante destacar que nenhum valor financeiro é capaz de compensar a exposição do trabalhador a riscos prejudiciais à sua saúde. O ideal é que o trabalhador desenvolva suas atividades em um ambiente saudável e salubre.

Entretanto, nem sempre isso é possível, e, para minimizar essa situação excepcional, CASSAR (2020, p. 823) ensina que o legislador definiu regras, não só indenizando os trabalhadores submetidos a condições insalubres, perigosas e de riscos, como também fixando regras que têm por objetivo a eliminação ou neutralização de alguns agentes agressivos.

Como o foco do presente estudo não são as ações do empregador para eliminação ou neutralização de alguns agentes agressivos, ater-se-á à regra estabelecida pelo legislador quanto à forma de remunerar à exposição dos empregados portuários aos riscos presentes nos portos organizados.

Assim, a segunda vantagem trabalhista diferenciada dos empregados portuários, com vínculo com a Administração Portuária, é o adicional de risco, com fulcro no art. 14 da Lei nº 4.860/1965.

Art 14. A fim de remunerar os riscos relativos à insalubridade, periculosidade e outros porventura existentes, fica instituído o "adicional de riscos" de 40% (quarenta por cento) que incidirá sobre o valor do salário-hora ordinário do período diurno e substituirá todos aqueles que, com sentido ou caráter idêntico, vinham sendo pagos. (BRASIL, 1965)

Como se vê, o adicional de risco pago aos empregados portuários tem as seguintes particularidades: é mais abrangente; tem seu percentual único definido de 40% (quarenta por centos); e tem como base de cálculo o salário-hora ordinário do período diurno.

No que tange à abrangência, nota-se que o legislador infraconstitucional não limitou o adicional, ora estudado, aos riscos reconhecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego inerentes à insalubridade e os riscos reconhecidos pelo legislador inerentes à periculosidade. Todavia, ao trazer em sua redação que o risco portuário abrange “outros porventura existentes”, deixou margem para interpretações, discussões e incertezas sobre o tema entre as partes envolvidas na relação de emprego, posto que, em que pese terem sido delegadas às Administrações dos Portos (empregador) discriminar os serviços considerados sob risco, ouvida à autoridade competente, se limitaram à reconhecer somente, e até exclusivamente, os riscos mapeados e definidos pelas Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego e pelas legislações trabalhistas vigentes.

Considerando que o Direito do Trabalho é regido pelo Princípio da Proteção do Trabalho, e que, nas atividades portuárias, estão presentes riscos não abrangidos pelas normas que regem à insalubridade e à periculosidade, o adicional de riscos deve ser pago integralmente para os empregados portuários, principalmente nos casos em que a Administração Portuária não discriminou os serviços considerados sob risco, nos termos do art. 14, § 3º, da Lei nº 4.860/1965.

Nesse sentido, corrobora-se com as lições de CASSAR (2020, p. 184), a qual destaca que

“o intérprete deve optar, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte fraca da relação. Ou seja, quando emergir da norma dúvidas a respeito da sua interpretação, desde que seja razoável, o exegeta deverá optar por aquela de beneficiar o hipossuficiente”.

Dessa forma, na falta de precisão do legislador no que tange à definição com precisão dos outros riscos porventura existentes na atividade portuária, opina-se que haja o pagamento do adicional de riscos, posto que é a regra a ser seguida.

Quanto ao percentual de 40% (quarenta por cento) de adicional de riscos, verifica-se que o legislador buscou estabelecer o percentual do grau máximo concedido à insalubridade, mesmo que um Laudo Técnico das Condições do Ambiente de Trabalho constatare na área portuária a existência de insalubridade em grau baixo (10%) ou médio (20%). A análise também

se aplica ao percentual da periculosidade, visto que, constatando que o local ou a atividade é perigosa, a Administração Portuária deverá pagar o adicional de riscos em seu percentual de 40% (quarenta por cento), proporcional ao tempo de exposição do empregado.

Por derradeiro, constata-se que base de cálculo do adicional em análise é o salário-hora ordinário do período diurno, referencial este mais vantajoso aos empregados portuários, posto que os empregados regidos pela CLT que recebem adicional de insalubridade ou de periculosidade, a base de cálculo, respectivamente, é o salário mínimo e o salário básico.

Realizando uma análise comparativa, por intermédio dos dados ilustrativos a seguir, constata-se que o pagamento do adicional de periculosidade em relação ao adicional de riscos é equivalente a 75% (setenta e cinco por cento), e o pagamento do adicional de insalubridade em relação ao adicional de riscos é equivalente a 60,60% (sessenta inteiros e sessenta centésimos por cento), sendo que não foram levados em consideração os reflexos em repouso semanal remunerado (RSR), no fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), 13º salário e férias + 1/3.

a) Empregado Celetista com Adicional de Periculosidade:

- Jornada efetiva de 200 (duzentas) horas por mês
- Salário Básico: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Adicional de Periculosidade de 30% sobre o Salário Básico

Dessa forma, tem-se:

Adicional de Periculosidade = Salário Básico X 30% = R\$ 2.000,00 X 0,30 = R\$ 600,00

Logo, o valor do Adicional de Periculosidade será de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

b) Empregado Celetista com Adicional de Insalubridade com Grau de 40%:

- Jornada efetiva de 200 (duzentas) horas por mês
- Salário Básico: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Salário Mínimo: R\$ 1.212,00 (um mil e duzentos e doze reais)
- Adicional de Insalubridade de 40% sobre o Salário Mínimo

Dessa forma, tem-se:

Adicional de Insalubridade = Salário Mínimo X 40% = R\$ 1.212,00 X 0,40 = R\$ 484,80

Logo, o valor do Adicional de Insalubridade será de R\$ 484,80 (quatrocentos e oitenta e quatro reais e oitenta centavos).

c) Empregado Portuário com Adicional de Risco com Grau de 40%:

- Jornada efetiva de 200 (duzentas) horas por mês
- Salário Ordinário Diurno: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Adicional de Riscos de 40% sobre o Ordinário Diurno
- Salário Hora Ordinário Diurno: $(R\$ 2000,00/200) \times 0,40 = R\$ 40,00$ (quarenta reais)

Dessa forma, tem-se:

Adicional de Riscos = Salário Hora Ordinário Diurno X N° de Horas Efetivas sob Risco =
 $R\$ 40,00 \times 200 = R\$ 800,00$

Logo, o valor do Adicional de Riscos será de R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Assim, pode-se afirmar que os empregados portuários que recebem o adicional de riscos de 40% sobre o salário-hora ordinário do período diurno possuem uma condição mais benéfica em relação aos empregados regidos exclusivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho.

3. HORAS EXTRAS A 100% (CEM POR CENTO) NOS SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS REALIZADOS NO HORÁRIO DE REFEIÇÃO

A terceira vantagem trabalhista diferenciada dos empregados portuários, com vínculo com a Administração Portuária, é o adicional de 100% (cem por cento) para o labor no horário de refeição, com fulcro no art. 7º, § 5º, “c”, da Lei nº 4.860/1965.

Art 7º [...]

§ 5º Os serviços extraordinários executados pelo pessoal serão remunerados com os seguintes acréscimos sobre o valor do salário-hora ordinário do período diurno:

...

c) 100% (cem por cento) para as horas de refeição. (BRASIL, 1965)

Como se percebe, mais uma vez o legislador se preocupou com a classe dos empregados portuários, principalmente em razão de que as atividades nos portos organizados, em regra, serem desenvolvidas nas 24 (vinte quatro) horas do dia, já que a lei em estudo, em seu art. 7º, § 2º, trouxe expressamente que, além das horas ordinárias a que estão obrigados, esses empregados prestarão serviços extraordinários nas horas destinadas à refeição e ao descanso, quando forem determinados.

Como é cediço, a regra trabalhista não é o labor no horário para refeição e descanso, porém, não se poderia deixar no limbo os casos em que isso acontecia e o empregado laborava no período destinado para intrajornada.

Nota-se, inicialmente, que o labor no horário para refeição e descanso não estava previsto na redação original do art. 71 do Decreto-Lei nº 5.452/1943. Todavia, a partir da atualização da lei geral *justralhista* pela Lei nº 8.823/1994, o legislador estabeleceu que quando o intervalo não fosse concedido aos empregados, os empregadores ficariam obrigados a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento), tendo como base de cálculo o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Em que pese não se defender aqui a prestação de serviços no horário destinado à refeição e ao descanso, opina-se que acertadamente os congressistas tinham definido que a não concessão do intervalo geraria o pagamento remuneratório do adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), pois, nesse horário, os empregados estão laborando de forma extraordinária, tal como nas horas suplementares.

Nesse diapasão, corrobora-se com os comentários de FELICIANO (2018, p. 69), o qual destaca que

a reparação dos intervalos intrajornadas, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, devia-se à condição de especial desgaste a que se sujeita o trabalhador desprovido de tais intervalos; e, nessa linha, tal qual os adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e de horas extraordinárias, deveriam ter sim, natureza remuneratória (i. e., natureza de *sobrerremuneração* ou *sobressalários*). (FELICIANO, 2018)

Dessa forma, apesar do empregado celetista ter o pagamento da intrajornada com percentual menor do que do empregado portuário, por ter natureza remuneratória, sua discrepância não era extrema, tendo em vista que havia reflexos dessa parcela em repouso semanal remunerado (RSR), no fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), 13º salário e férias + 1/3.

Entretanto, com a reforma trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de junho de 2017, o pagamento do serviço prestado no horário de refeição se alargou entre os empregados objeto deste estudo, posto que a não concessão do intervalo intrajornada, total ou parcial, passou a ter natureza indenizatória, excluindo, para o empregador, a necessidade do pagamento dos reflexos citados no parágrafo anterior.

De acordo com argumentos de LEITE (2020, p. 610-611),

essa nova regra, [...], é fragrantemente inconstitucional, na medida em que viola o caput do art. 7º da CF, porquanto impõe uma condição contrária à melhoria das condições socioeconômicas dos trabalhadores, seja por retirar a natureza salarial da vantagem remuneratória, seja por frustrar a efetivação do direito fundamental ao repouso intrajornada, estimulando a prática de desconstrução dos direitos sociais dos trabalhadores. (LEITE, 2020)

Porém, independente dos debates sociais, políticos, doutrinários e judiciais sobre o tema, a mudança na legislação acabou por ampliar a diferença entre os empregados gerais celetistas e os empregados portuários, ao desconfigurar a natureza remuneratória do pagamento da intrajornada.

Realizando uma análise comparativa, por intermédio dos dados ilustrativos a seguir, constata-se que o pagamento de 10 (dez) horas de intrajornada aos empregados celetistas gerais em relação ao pagamento de 10 (dez) horas de intrajornada aos empregados portuários equivalem à 50% (cinquenta por cento), sendo que não foram levados em consideração os reflexos em repouso semanal remunerado (RSR), no fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), 13º salário e férias + 1/3.

a) Intrajornada para o Empregado Celetista:

- Horas de Intrajornada não Usufruídas: 10 (dez)
- Salário Normal: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Divisor de Horas: 200 (duzentas)
- Adicional de Intrajornada de 50% sobre o Salário Normal
- Salário Hora Normal: $(R\$ 2000,00/200) \times 0,50 = R\$ 50,00$ (cinquenta reais)

Dessa forma, tem-se:

Horas Intrajornada = Salário Hora Normal X Quantidade de Horas Intrajornadas = R\$ 50,00
X 10 = R\$ 500

Logo, o valor das 10 (dez) horas de Intrajornada será de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

b) Empregado Portuário:

- Horas de Intrajornada não Usufruídas: 10 (dez)
- Salário Ordinário Diurno: R\$ 2.000,00 (dois mil reais)
- Divisor de Horas: 200 (duzentas)
- Adicional de Intrajornada de 100% sobre o Salário Hora Diurno
- Salário Hora Ordinário Diurno: $(R\$ 2000,00/200) \times 0,100 = R\$ 100,00$ (cem reais)

Dessa forma, tem-se:

Horas Intrajornada = Salário Hora Ordinário Diurno X Quantidade de Horas Intrajornadas
= R\$ 100,00 X 10 = R\$ 1.000

Logo, o valor das 10 (dez) horas de Intrajornada será de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Assim, pode-se afirmar que os empregados portuários que recebem horas extras a 100% (cem por cento) nos serviços extraordinários realizados no horário de refeição, possuem uma condição mais benéfica em relação aos empregados regidos exclusivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber no presente estudo, o legislador infraconstitucional, no processo legislativo da Lei nº 4.860, de 26/11/1965, procurou definir regras materiais trabalhistas aos empregados portuários, com vínculo com a Administração Portuária, mais benéficas do que as existentes aos empregados celetistas regidos, exclusivamente, pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/1943, visando, sem dúvida, a valorização desse trabalhador.

Percebe-se, ainda, que em relação ao percentual de adicional noturno, a condição mais favorável pode ser ampliada, visto que, por negociação coletiva de trabalho, o percentual poderá ser ajustado em até 50% (cinquenta por cento) para os empregados públicos portuários dos serviços de capatazias, desde que a Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais se manifeste favorável ao pleito.

Destarte, percebe-se que, com a sanção da Lei nº 13.467, de 01/07/2017, a qual realizou várias mudanças na CLT, essa diferença benéfica só foi alargada em relação as horas trabalhadas no período de refeição e descanso, posto que, além de ter um percentual menor na intrajornada, em regra 50% (cinquenta por cento), agora a natureza jurídica da parcela é indenizatória, não tendo reflexos em outras verbas trabalhistas.

É evidente que as diferenças tratadas neste trabalho não são exclusivas dos empregados portuários da Administrações Portuárias. Há outras categorias específicas que também possuem direitos trabalhistas diferenciadas, o que acaba por estabelecer uma falta de tratamento igualitário, já que não há um Código de Direito do Trabalho que possa se aplicar em sua totalidade a todos os trabalhadores que não são regidos por um regime jurídico de Direito Público.

Em razão do exposto, verifica-se que o legislador deveria propor uma nova norma trabalhista geral, desde que amplamente debatida pela sociedade, revogando a CLT, condensando suas regras materiais nesta nova proposta, trazendo e estendendo, na medida do possível, as vantagens mais benéficas a todos os trabalhadores, a fim de assegurar condições equivalentes na relação de trabalho.

Por fim, deve-se esclarecer que o presente estudo não visa expor, de forma negativa, as condições mais benéficas no direito material trabalhista dos empregados portuários em relação aos empregados regidos exclusivamente pela consolidação das leis do trabalho, mas sim de pode colaborar com o debate acadêmico na seara *juslaborista*, notadamente quanto à valorização do social do trabalho, independentemente do ramo de sua atuação profissional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.002**, de 14 de junho de 1982. Autoriza a implantação de jornada noturna Especial nos portos organizados e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7002.htm>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 4.860**, de 22 de novembro de 1965. Dispõe sobre o regime de trabalho nos portos organizados, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4860.htm>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 9.745**, de 8 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores-DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo-FCPE. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais da Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados. **Portaria 1.122**, de 28 de janeiro de 2021. Regula o encaminhamento, para análise da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais da Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados do Ministério da Economia, de pleitos das empresas estatais federais nas hipóteses que especifica. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.122-de-28-de-janeiro-de-2021-301640600>>. Acesso em: 22 jul.2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. ed.17. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.

DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Direito Portuário e a Nova Regulamentação**. ed.2. São Paulo: Aduaneiras, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. ed. 18. rev.e atual. São Paulo: LTr, 2019.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. ed. 2. São Paulo: LTr, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. ed. 12. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KEATING, Sarah. **Os problemas de saúde causados pelo trabalho noturno**. BBC News Brasil, 2017. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-42468041>>. Acesso em: 22 jul.2022.

A IMPRENSA DO SÉCULO XXI SOB A ÓTICA DE NEW YORK TIMES V. SULLIVAN

THE 21ST CENTURY PRESS THROUGH NEW YORK TIMES V. SULLIVAN

João Marcos de Carvalho Pedra¹

Resumo: O presente artigo visa analisar a figura da imprensa do século XXI frente aos ataques realizados por agentes estatais, sob a ótica do precedente firmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) em *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). O objetivo central do trabalho é observar as condutas dos agentes estatais perante às críticas veiculadas pelos meios de comunicação e contrastá-las ao entendimento da SCOTUS consolidado no referido caso. A metodologia aplicada corresponde ao método indutivo, diante da análise do referido precedente e das reações de Jair Bolsonaro e Donald Trump em face das críticas feitas pela imprensa no decorrer do século XXI, especialmente durante os seus mandatos. Concluiu-se que os veículos de comunicação, muito mais que um meio de divulgação de informações e notícias, agem também com viés crítico e reagem a atos antijurídicos e inconstitucionais realizados por figuras políticas. Retirar essa voz da mídia, ainda que por vias intimidatórias, é caminhar para um regime antidemocrático, cuja interferência estatal nos veículos de comunicação se tornam protocolo governamental e o livre debate ideológico passa a se tornar utópico.

Palavras-Chave: Imprensa — Ataques — Democracia — Agentes Estatais — Presidentes.

Abstract: this article aims to analyze the figure of the 21st century press in the face of attacks carried out by state agents, from the perspective of the precedent established by the United States Supreme Court (SCOTUS) in the *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). The main objective of the work is to observe the behavior of state agents in the face of criticisms conveyed by the media and contrast them with the understanding of SCOTUS consolidated in that case. The methodology applied corresponds to the inductive method, given the analysis of the aforementioned precedent and the reactions of Jair Bolsonaro and Donald Trump in the face of criticism made by the press during the 21st century, especially during their mandates. It was concluded that the media, much more than a means of disseminating information and news, also act with a critical bias and react to unlawful and unconstitutional acts carried out by political figures. Removing this voice from the media, albeit through intimidating ways, is to move towards an anti-democratic regime, whose state interference in communication vehicles becomes governmental protocol and free ideological debate becomes utopian.

Keywords: Press — Attacks — Democracy — State Agents — Presidents.

¹ Advogado, pós-graduando em Processo Civil pela Universidade Baiana de Direito, bacharel em direito pelo IDP/EDAP. Coordenador e apresentador do podcast Juricast. E-mail para contato: jmcpedra@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. New York Times v. Sullivan e a liberdade de imprensa. 1.1. Contexto histórico do caso. 1.2 A decisão da Suprema Corte Americana. 2. A imprensa do século XXI e os ataques feitos por agentes públicos. 2.1. Jair Messias Bolsonaro e Donald Trump: os predadores da imprensa de acordo com o Repórteres Sem Fronteiras. 2.2. Os agentes públicos, a imprensa e os casos julgados pelo STJ, STF e pela SCOTUS. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, institui os objetivos considerados fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais buscam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando garantir o desenvolvimento nacional e a promoção do bem-estar de todos, sem distinções de qualquer natureza. Além disso, ressalta a necessidade de erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. (BRASIL, 1988).

Mais adiante, no dispositivo mais conhecido da Constituição, o notório artigo 5º, se encontram os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual estabelece a preservação da livre manifestação do pensamento, do exercício de qualquer forma de labor, da atividade intelectual e de comunicação, além da inviolabilidade de crença — seja ela religiosa ou não. (BRASIL, 1988) Como se observa, o texto constitucional protege muito mais do que o simples direito do indivíduo se manifestar, já que também garante aos brasileiros o direito de externalizar suas crenças e convicções pessoais, inclusive de forma laborativa.

O constituinte, em reação ao passado autoritário causado pelo regime militar, que interferia na imprensa e prejudicava o pleno exercício da liberdade de expressão, reafirmou o texto do artigo 5º no §1º do artigo 220, estabelecendo um impedimento à criação de qualquer legislação que viesse a impossibilitar o efetivo exercício à liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. (BRASIL, 1988)

A Constituição garante aos indivíduos a possibilidade de apresentarem pontos de vistas pessoais, que não necessariamente expõem uma ideia ou concepção majoritária, mas que também merecem voz e espaço de fala. De forma clara, a Lei Maior preserva a pluralidade de pensamentos, sem que aquele que o manifeste sofra alguma forma de censura, ainda que possa ser compelido a ressarcir danos causados em razão da imoderação do exercício dessa garantia.

No mesmo sentido, numa tentativa de garantir a equidade entre grupos, Owen M. Fiss (2005, p. 30) entende que “(...) o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso”. O autor afirma que, em determinadas situações, o Governo pode silenciar certas vozes a fim de garantir o poder de fala de outras.

Com base nesse panorama, temos em evidência três institutos jurídicos de grande relevância trazidos pela Constituição Federal: (i) a liberdade de expressão, (ii) liberdade de imprensa e (iii) o direito à informação. O Estado Democrático de Direito consiste na existência de um diálogo composto por ideias plurais, ainda que divergentes entre si, o que não pode ser censurado pelo Estado. Sendo assim, a existência da liberdade de manifestação consiste da efetivação do direito à proliferação dessas ideias.

Inicialmente, cumpre destacar o conceito de cada um desses institutos. Como dito, a liberdade de expressão constitui um dos pilares democráticos. No entendimento de José Afonso da Silva (2000, p. 247), a “liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.”

Ao mesmo passo, para Mill (2010, p. 60), a liberdade de expressão favorece o desenvolvimento da sociedade. O centro de seu argumento é o de que “nunca podemos saber se uma opinião que queremos silenciar é falsa, e se ela for falsa, ainda assim silenciá-la seria um mal”. Conforme se observa na doutrina desses dois autores, é mais temerário cercear um direito fundamental como à liberdade de expressão, a título de censura, em troca de evitar a manifestação de determinados pensamentos e manifestações.

Num avanço legislativo e doutrinário, a liberdade de expressão foi ganhando novas formas de ser instrumentalizada, indo muito além do direito de simplesmente expor uma ideia. A partir da Constituição de 1988, as manifestações culturais, jornalísticas e religiosas passaram a ser compreendidas como espécies da liberdade de expressão:

É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial (SILVA, 2000, p. 60).

Conforme se observa, além do direito à manifestação, a Constituição Brasileira prevê a garantia de informação a todos, ou seja, compreende-se um direito difuso dos indivíduos se

manterem informados e terem acesso a informações que lhe forem de seu interesse. Cercear a liberdade de expressão é uma das formas de impedir não só a livre manifestação do pensamento, mas também a recepção de informações pelos destinatários. Esse cenário é extremamente perceptível em casos de censura a veículos de imprensa, uma vez que têm como finalidade a tentativa de obstar a propagação de uma informação — ainda que seja de interesse público.

Com teor semelhante — podendo inclusive considerá-la como uma forma de inspiração para o legislador constituinte originário brasileiro —, adotada em 1791, a Primeira Emenda à Constituição Americana trouxe como objetivo principal a proteção às garantias individuais relativas à liberdade de expressão, imprensa, religião, associação e petição ao Poder Público². A Constituição Americana já dispunha de um caráter inovador à época de sua promulgação, e sua Primeira Emenda não foi diferente, uma vez que limitava o poder estatal em face da liberdade de crença e manifestação do cidadão.

Uma característica a se destacar em relação à Primeira Emenda consiste na forma que se dispõe a garantia da não-censura. O constituinte derivado estabeleceu uma proibição do Congresso de legislar normas que venham a impedir o exercício da liberdade de expressão, de imprensa, de petição e de reunião, ao invés de prever o direito individual ou difuso a todos os cidadãos no mesmo sentido. A proibição de criação de normas que visem impedir essas garantias foi replicada no artigo 220 da Constituição brasileira, podendo considerar a Primeira Emenda à Constituição Americana uma das fontes dos constituintes.

Frente à disruptividade do texto constitucional americano, e durante a conhecida Corte Warren³, um dos precedentes mais importantes da Suprema Corte Americana foi promulgado. A decisão do caso *New York Times v. Sullivan* da SCOTUS garantia o exercício da liberdade concedida à imprensa pela Primeira Emenda.

² “O Congresso não deve fazer leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao Governo para a reparação por agravos.” (Tradução livre)

³ Earl Warren presidiu a Suprema Corte entre os anos 1953 e 1969. Esse período foi marcado pela ênfase a casos que discutiam as liberdades civis. Principalmente os anos 60 ficaram conhecidos pelo apoio da Corte à expansão dos direitos civis, além de outras prerrogativas constitucionais, notadamente a liberdade de imprensa em casos envolvendo questões de injúria e obscenidade. Sobre o tema, ver também BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução de Francisco Rezek. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1987, p. 43-44.

1. NEW YORK TIMES V. SULLIVAN E A LIBERDADE DE IMPRENSA

Para poder se debater acerca da liberdade de imprensa e da importância de tal garantia como instrumento que oportuniza uma discussão política livre e plural, é de grande relevância analisar o contexto no qual o caso *New York Times v. Sullivan* surgiu. Em razão de um passado escravocrata, no qual a população negra se submetia a condições desumanas de sobrevivência no território americano, após a promulgação da Décima Terceira Emenda à Constituição, que aboliu a escravidão, iniciou-se um movimento em busca da igualdade racial, seja ela no plano legislativo seja ela no mundo prático.

Ainda que livres do trabalho escravo, os negros sofreram com o racismo entranhado na sociedade norte americana, que durante longos anos os subjugaram e os submeteram a situações humilhantes. Não obstante, ainda que a Décima Quarta Emenda tenha tentado implementar a igualdade racial na sociedade americana, uma série de fatos mostraram que os brancos e apoiadores do regime escravocrata caminhavam em sentido oposto. A segregação racial ratificada juridicamente pela doutrina *separate but equal*, a promulgação das leis Jim Crow e a criação de movimentos racistas, como a *Ku Klux Klan*, transformaram a igualdade almejada pela população negra em uma realidade cada vez mais utópica. (LEWIS, 2011, p. 11)

Após alguns anos, a população negra passou a se organizar politicamente, até que, em 1955, surgiu um movimento pela busca de direitos civis. Seus apoiadores entendiam que, com base na Décima Quarta Emenda, esses direitos deveriam ser prerrogativas de todos os cidadãos americanos. Iniciou-se ali uma série de manifestações e protestos, sendo nesse contexto no qual se originou o caso *New York Times v. Sullivan*.

Um dos seus principais líderes, Martin Luther King Jr., era um pastor batista e ativista político que tomou a frente do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos. Além de ser amplamente conhecido pelos protestos baseados na não-violência e não-desobediência civil, inspirado por suas crenças cristãs e pelas reivindicações pacíficas de Mahatma Gandhi. Durante as manifestações, King buscava mostrar à sociedade o impacto da discriminação e do racismo na vida dos cidadãos negros, sem a necessidade de empregar violência ou balburdia.

Durante esse período, os veículos de imprensa — jornais, revistas e rádio — foram uma das ferramentas utilizadas pelo movimento, levando às manchetes e reportagens a realidade vivida por esse povo (LEWIS, 2007). Um desses meios de comunicação utilizado para difundir as mensagens do movimento negro era o *The New York Times*.

1.1 Contexto histórico do caso

O caso teve início em 29 de março de 1960, após o *Times* publicar um *advertisement* — uma espécie de anúncio ou publicidade — intitulado “*Heed Their Rising Voices*”, o qual acusava a polícia da cidade de Montgomery, Alabama, de agressão e maus tratos a manifestantes. O anúncio, destinado aos apoiadores e admiradores de King, referia-se não só ao protesto ocorrido nas escadas da Assembleia Estadual, em Montgomery, mas também em Orangeburg e em outras cidades do Sul, tendo sido patrocinado pelo comitê de defesa de King (NEW YORK TIMES, 1960).

O litígio teve início frente a uma série de incongruências entre os fatos ocorridos e aqueles veiculados no anúncio. Inicialmente, narrou-se que, na manifestação ocorrida em Montgomery, os estudantes cantaram “*My Country, 'Tis of Thee*”⁴ nas escadas da Assembleia Estadual. Em seguida, os líderes da manifestação foram expulsos da escola que estudavam e policiais armados com espingardas e gás lacrimogêneo cercaram o *campus* do *Alabama State College*. Mais adiante, o anúncio afirmava que, durante o protesto estudantil, o refeitório do *campus* havia sido trancado pela polícia, como uma forma de submetê-los à fome (PIERCE, 1965, p. 318).

As incongruências factuais do anúncio ocorreram em dois principais pontos: durante a manifestação, a canção cantada pelos estudantes foi, na verdade, “*The Star-Spangled Banner*”⁵, e o refeitório não foi trancado pelos policiais. Além disso, o anúncio também afirmava que Martin Luther King havia sido preso sete vezes. Contudo, ainda que tenha optado por realizar manifestações e protestos de caráter não violentos, King somente havia sido preso quatro vezes (LEWIS, 2007, p. 50).

Com base nessas alegações incongruentes, L. B. Sullivan, *Commissioner of Public Affairs*⁶ de Montgomery, processou o *The New York Times* por difamação, sustentando que o anúncio veiculado ao jornal havia ferido sua reputação. Em primeira instância, o Comissário saiu vitorioso. O júri, composto por vinte jurados brancos do sexo masculino, optou por condenar o jornal frente às imprecisões presentes na publicação, o que configuraria a difamação e os danos sustentados por Sullivan. O *Times* foi condenado em USD 500.000,00 (quinhentos mil dólares) a título de reparação pelos danos sofridos pelo Comissário. O jornal buscou

⁴ “*My Country, 'Tis of Thee*” corresponde a uma canção patriótica americana que serviu como um dos hinos nacionais dos Estados Unidos, até que “*The Star-Spangled Banner*” foi adotada como versão oficial em 1931. A melodia replicava a canção “*God Save the Queen*”, hino nacional do Reino Unido.

⁵ “*The Star-Spangled Banner*” corresponde ao hino nacional dos Estados Unidos da América.

⁶ Espécie de comissário de políticas públicas que tem como principal função supervisionar o Departamento de Polícia, Corpo de Bombeiros, Departamento de Cemitério e o *Department of Scales*.

reformular a decisão e recorreu à Suprema Corte do Alabama, que, para o seu azar, manteve a decisão do júri.

Cabe destacar que, nesse período, a legislação do estado do Alabama estabelecia que, nas ações de indenização por difamação, recaía sobre o réu o ônus de provar que as afirmações eram verdadeiras, e não ao autor de apresentar que as declarações eram inverídicas e difamatórias (LEWIS, 2011, p. 102). No mesmo período, a difamação estava fora da proteção concedida pela Primeira Emenda (LEWIS, 2007, p. 51). Com base nesse entendimento, o *Times* não obteve êxito em seu recurso, tendo a decisão do júri reafirmada pela Suprema Corte estadual.

Assim, foi apresentado um *writ of certiorari*⁷ perante a Suprema Corte Americana, buscando declarar a inconstitucionalidade da lei sobre difamação do Estado do Alabama, por entender que a legislação impedia o efetivo exercício das liberdades de expressão e de imprensa, garantidas pela Primeira e Décima Quarta Emendas⁸. O *certiorari* tinha como foco demonstrar que as ações movidas por funcionários públicos contra os críticos às suas condutas caracterizavam uma forma de censura e fazer com que o Poder Judiciário condenasse os veículos de imprensa por expressarem crítica aos agentes estatais violava o texto constitucional.

1.2 A decisão da Suprema Corte Americana

Em março de 1964, por decisão unânime, a Suprema Corte Americana reformou a decisão da Suprema Corte do Alabama. Inicialmente a Corte analisou a incidência da Décima Quarta Emenda ao caso, entendendo que, independentemente de se tratarem de ações promovidas em face de particulares, do Estado ou de agentes públicos, os direitos individuais de liberdade e igualdade poderiam ser invocados. A Corte fundamentou em sua decisão que os Tribunais do Alabama haviam aplicado uma lei estadual que impunha ao *Times* restrições à liberdade de imprensa e de expressão, violando assim a Primeira Emenda (SCOTUS, 1964).

Ademais, a Corte concluiu que o anúncio veiculado no jornal tinha caráter essencialmente informativo e não meramente comercial, o que não impediria a aplicação da Primeira Emenda. Por não se tratar de publicidade comercial, mas sim de um protesto contra certas ações estatais, foi garantida ao *Times* a aplicação da proteção prevista na Primeira

⁷ Espécie de recurso do direito americano que se equipara ao Recurso Extraordinário do direito brasileiro.

⁸ Enquanto a Primeira Emenda preservava a liberdade de expressão e de imprensa, a Décima Quarta Emenda buscava garantir a cidadania e igual proteção das leis sem qualquer distinção, como também, sobre o direito de voto.

Emenda. Caso fosse entendido de outra forma, a veiculação de anúncios editoriais e opinativos pela imprensa encontrariam óbice para se manifestarem em oposição a agentes estatais, sendo esses considerados essenciais para fomentar debates por pessoas que não fazem parte do meio jornalístico. Ultrapassadas as questões preliminares, ao adentrar no mérito do caso, os *Justices*⁹ se depararam com dois pontos principais a serem debatidos, sendo eles a aplicação da doutrina do *actual malice* e a dinâmica proposta na lei referente à distribuição do ônus da prova nos casos de difamação.

Ao aplicar na esfera cível a distribuição do ônus probatório utilizado em processos de natureza criminal, o polo passivo era impedido de exercer efetivamente seu direito de defesa em relação às alegações da parte autora. Cabia ao réu persuadir o júri de que os fatos considerados difamatórios eram verdadeiros em todas as suas particularidades.

A Corte, retomando o entendimento assentado em *Coleman v. Maclennan*, entendeu que, para que houvesse a responsabilização por difamação, um dos elementos essenciais seria a identificação do *actual malice*. Numa tradução literal, corresponderia à má-fé por parte do veículo de imprensa ao veicular uma reportagem sabidamente falsa, correspondendo à efetiva utilização de informações falsas com a intenção de causar danos à imagem e à honra de alguém. Ausente esse pré-requisito, os funcionários públicos estavam sujeitos às críticas da imprensa e da sociedade, em decorrência do desempenho de suas funções institucionais e democráticas, cabendo a esses se defenderem de acusações feitas a sua pessoa.

Ao não aplicar a difamação *per se* ao caso, a Corte entendeu que não havia evidências de que o *Times* e seu editor teriam publicado o anúncio eivados de má-fé e com a efetiva intenção de difamar o Comissário L. B. Sullivan. Assim, ainda que existissem informações inexatas e sensacionalistas veiculadas no anúncio, a falta de comprovação de má-fé do jornal e de seu editorial impedia a configuração da difamação, principalmente frente à reputação notória do *Times*.

Ainda que a decisão da Suprema Corte tenha se dado de forma unânime no sentido de reformar a decisão da Suprema Corte do Alabama, alguns *Justices* divergiram em certos pontos da decisão redigida por Brennan, promovendo votos concorrentes. Os *Justices* Black, Douglas e Goldberg entenderam que as garantias constitucionais da liberdade de imprensa e expressão deveriam ser absolutas e independentes da má-fé do editor.

Justice Black, em seu voto, defendeu a Primeira Emenda, sustentando que seria um instrumento para que o povo e a imprensa fossem livres para criticar funcionários e discutir

⁹ Figura que se assemelha aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

assuntos públicos com a garantia de impunidade. Black entendeu que o *Times* se encontrava amparado por imunidade constitucional absoluta, o que garantia o direito à livre crítica às condutas dos funcionários de Montgomery — no caso Sullivan.

Já o *Justice* Goldberg apresentou sua decisão sustentando que a Primeira e a Décima Quarta Emendas à Constituição garantem ao cidadão e à imprensa um privilégio absoluto e incondicional de criticar condutas do Poder Público e de agentes oficiais, apesar da possibilidade de serem responsabilizados por excessos e abusos do exercício dessas garantias. Goldberg afirmou que a teoria da Constituição Americana entende que todo cidadão pode falar o que pensa, e que todo jornal pode expressar sua opinião sobre assuntos de interesse público. Assim, não haveria justificativa para que fossem impedidos de falar ou publicar em razão daqueles que controlam o governo considerarem que o conteúdo divulgado é injusto, falso ou malicioso.

Desse modo, a Suprema Corte Americana garantiu o livre exercício da imprensa, e reformou a decisão a favor do *Times*. O precedente exarado em *Sullivan* é considerado um marco histórico da jurisprudência da Suprema Corte, uma vez que já foi utilizado como fundamento para garantir a liberdade de imprensa e de expressão de alguns jornais e revistas, como por exemplo em *Garrison v. Louisiana* (1964), *Time, Inc. v. Hill* (1967), *New York Times Co. v. United States* (1971), *Nebraska Press Assn. v. Stuart* (1976), *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell* (1988), dentre outros casos. Seu impacto no direito constitucional foi de tamanha notoriedade que já foi citado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n° 130/DF (Supremo Tribunal Federal, 2009), que analisava a recepção da Lei de Imprensa — que entrou em vigor durante o período do regime militar — em face do novo paradigma inaugurado pela Constituição de 1988.

2. A IMPRENSA DO SÉCULO XXI E OS ATAQUES FEITOS POR AGENTES PÚBLICOS

Em *Sullivan*, ocorrido em meados da década de 60, o ataque à imprensa foi feito pelas vias judiciais, sendo essa uma das formas clássicas de intimidação, principalmente quando consubstanciada com um valor indenizatório exorbitante. Esse ato é consumado por meio do abuso do direito de ação, utilizando o processo como meio de silenciar a imprensa em razão do medo de indenizações milionárias — fenômeno conhecido como *chilling effect*. Todavia, após

algumas décadas, em razão do surgimento da internet e das redes sociais, os veículos de imprensa ganharam um novo formato — assim como os ataques feitos a eles.

As redes sociais se tornaram não somente uma forma dos usuários compartilharem suas fotos, vídeos e mensagens para amigos e familiares, mas também criaram uma grande ferramenta de divulgação de notícias de forma instantânea, e, ao mesmo tempo, uma espécie de palanque para agentes políticos se comunicarem com seus eleitores. Foi dado aos agentes políticos uma nova ferramenta de intimidar os veículos de comunicação, que passaram a depender de visualização e acessos para faturar com publicidade e propagandas, uma vez que os jornais e revistas físicos praticamente deixaram de ser adquiridos em escala global.

A prática de se atacar a imprensa, com o intuito de diminuir sua importância e manchar a reputação de determinados veículos, foi uma marca evidente no governo Trump e tem se tornado um hábito durante o governo Bolsonaro. O papel dos veículos de imprensa ganha maior dimensão e destaque na presença de governantes autoritários, cujas estratégias de degradação democrática se tornam evidentes, sendo os meios de comunicação uma das vítimas que sofrem ataques constantes caso optem por se opor ao regime governamental. Compreende-se, portanto, que “uma imprensa independente é um bastião das instituições democráticas; nenhuma democracia pode viver sem ela” (LEVITSKY, 2018, p. 220). O presente capítulo tem como objetivo a análise do perfil de agentes políticos que empregam o ataque à imprensa como estratégia governamental, em especial Jair Messias Bolsonaro e Donald Trump.

2.1 Jair Messias Bolsonaro e Donald Trump: os predadores da imprensa de acordo com o Repórteres Sem Fronteiras

Jair Messias Bolsonaro, capitão reformado do Exército Brasileiro, sete vezes deputado federal pelo Rio de Janeiro e o 38º Presidente da República Federativa do Brasil, foi considerado pelo Repórteres Sem Fronteiras (RSF, 2022) como “predador” desde que chegou ao poder. Para cada um dos chefes de Estado que recebem esse título, o RSF internacional divulga um perfil dos motivos que o fizeram ser incluído na lista. Junto com Jair se entram outros 36 nomes, dentre eles Bashar Al-Assad, Miguel Diaz-Canel e Vladimir Putin.

Uma das grandes referências e inspirações de Bolsonaro é o 45º Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump. Não obstante os discursos de caráter conservador — como a política antiaborto e os questionamentos em relação à rigidez do sistema eleitoral — Jair também reproduz de forma quase idêntica a postura de Trump perante a imprensa.

A primeira característica do representante brasileiro elencada pelo relatório foi a sua estratégia empregada como modo de predação, utilizando insultos, humilhações e ameaças vulgares a jornalistas e veículos. Um dos ataques mais famosos ocorreu no dia 1º de abril de 2021, quando parabenizou os jornalistas pelo Dia da Mentira. Suas críticas foram direcionadas aos jornalistas do Antagonista, da Folha de S. Paulo, Estadão, IstoÉ, Época e Globo. Quanto à última, Jair, até mesmo, se absteve de compará-la ao lixo, por não a considerar reciclável (AFONSO, 2021).

A segunda identidade de Jair elencada pelo RSF consiste em seus alvos preferidos: mulheres jornalistas, analistas políticos e o Grupo Globo. A tentativa de reduzir a competência de analistas políticos e representantes de veículos de imprensa é uma das suas marcas registradas. Um caso que ganhou grande notoriedade pela mídia ocorreu em fevereiro de 2020, quando Jair proferiu uma série de ofensas machistas à jornalista Patrícia Campos Mello, da Folha de São Paulo. O fato ganhou grande repercussão após a juíza Inah de Lemos e Silva Machado, da 19ª Vara do Foro Central Cível de São Paulo, condená-lo a indenizar a jornalista no valor de R\$ 20.000,00 (GLOBO, 2021).

Sobre o Grupo Globo, além de Bolsonaro não o considerar reciclável (e, portanto, não aproveitável), o RSF registrou outros 180 ataques direcionados ao veículo em 2020, com afirmações vindas do presidente de que o canal quer trair e destruir o país. Em 2020, foram 469 ataques a jornalistas e a veículos de imprensa realizados por Jair e seus filhos — também agentes políticos, ocupando atualmente os cargos de Senador da República, Deputado Federal e Vereador (GLOBO, 2021). Por fim, o RSF diagnosticou como grosseiro o discurso de Jair, em razão de uma série de manifestações, cujo único objetivo é atacar os veículos de imprensa.

Atualmente, o Brasil ocupa o 111º lugar do ranking mundial da liberdade de imprensa, composto por 180 países. O RSF considerou o exercício da liberdade de imprensa no Brasil como em difícil situação — países como Venezuela, Rússia e algumas nações africanas tiveram o mesmo diagnóstico (RSF, 2021).

Já Donald Trump, em 2017, foi acusado pelo RSF de promover uma caça às bruxas contra jornalistas, em razão de seu desprezo por uma imprensa livre (TERRA, 2022). A prática conhecida como *media bashing*, referente aos discursos anti-mídia e oposições aos veículos de comunicação de forma altamente tóxica, adentrando na era da pós-verdade, da desinformação e das notícias falsas, foi uma das ferramentas utilizadas por Donald durante sua campanha política em 2016.

A expressão pós-verdade foi definida, no ano de 2016, pelo dicionário Oxford como a palavra do ano. O termo significa que a ideia de um fato concreto tem menor importância e valor em face dos apelos à emoção e às crenças pessoais. Com base nessa definição, o prefixo pós reforça a ideia de que a verdade fica em segundo plano (JORNAL DE NOTÍCIAS E NEGÓCIOS, 2018). Essa modalidade de difusão de informações é um fenômeno que se torna robusto e de grande aceitação pelo fato de apresentar, à opinião pública, apelos emocionais, os quais promovem maior reação e aderência do que fatos objetivos e concretos.

Um dos exemplos dos ataques realizados por Donald consiste na sua constante briga com os veículos de imprensa que questionam suas posturas como governante, em especial a CNN. Jim Acosta, correspondente da CNN na Casa Branca, teve sua credencial cancelada após questionar Donald acerca da caravana de latino-americanos que se aproximava dos EUA e depois sobre a investigação de suposto conluio com a Rússia para influenciar a eleição de 2016 (GLOBO, 2018).

Jim relata em sua obra “O Inimigo do Povo” uma série de acontecimentos o qual foi alvo de retaliações por Donald, assim como a CNN, em razão dos questionamentos levados durante coletivas de imprensa. Jim relata em seu livro que um dos principais pontos que Trump se irritava ao ser questionado sobre se tratava da suposta influência russa nas eleições de 2016. No decorrer da obra, Jim expõe as sanções sofridas antes da perda de credencial, como o impedimento da realização de perguntas durante coletivas de imprensa e discussões com os secretários de imprensa da Casa Branca, em especial Sean Spicer (ACOSTA, 2019, p. 137-144).

Desde antes da sua posse, Donald adotou uma postura combativa em relação aos veículos que se opunham ao seu governo. Em 17 de fevereiro de 2017, poucas semanas após tomar posse, o republicano escreveu que a mídia é a “inimiga do povo”, uma linha de ataque repetida diversas outras vezes (GRYNBAUM, 2017). Logo após a sua posse, iniciou novo embate em razão dos falsos números indicados pelo Presidente em relação aos presentes na cerimônia de posse, ao indicá-la como a que teve “o maior público da História” — fala que futuramente foi desmentida. Ainda que não se tenha a estimativa da quantidade de pessoas, ao comparar as fotos aéreas tiradas na posse de Obama e Trump, é possível observar que o republicano reuniu apenas centenas de milhares de pessoas, indiscutivelmente menos que a de Obama (CORREIO BRAZILIENSE, 2017).

Com base nesse cenário, observa-se uma postura extremamente similar entre os presidentes brasileiro e americano, dado que ambos se valem de narrativas falsas e

sensacionalistas para criticar o trabalho da imprensa, em especial aquela que se opõe e critica o governo. Um dos reflexos dos atos praticados contra a imprensa durante seu governo foi a perda do 41º lugar no ranking mundial da liberdade de imprensa, passando para 45ª posição em 2020. No primeiro ano após a saída de Trump do poder, os Estados Unidos conseguiram subir uma posição, ocupando, em 2021, a 44ª colocação (REPÓRTERES SEM FRONTEIRAS, 2021).

Durante a pandemia de COVID-19, os ataques aos veículos de comunicação que refutaram as falas negacionistas de Donald se tornaram mais intensos, principalmente durante as coletivas de imprensa. Os incidentes ocorridos foram listados pelo RSF, e promoveram uma reflexão acerca da necessidade e legitimidade da cobertura das coletivas presidenciais (RSF..., 2020). Além disso, uma série de notícias falsas foram periodicamente divulgadas em suas redes sociais — sendo esse um dos motivos para que a sua conta do Twitter tenha sido permanentemente suspensa. (PERMANENT..., 2021)

2.2 Os agentes públicos, a imprensa e os casos julgados pelo STJ, STF e pela SCOTUS

Os ataques à imprensa provenientes de agentes estatais, especialmente aqueles que ocupam cargos políticos, ao serem analisados sobre a ótica de *New York Times v. Sullivan*, demonstram evidente tentativa de se derrubar um dos pilares essenciais de uma efetiva democracia — a imprensa livre e combativa. Além de elemento estruturante de um Estado Democrático, a mídia também é considerada o quarto poder (ALBUQUERQUE, 2000, p. 31), exercendo a função de fiscalizadora dos demais poderes. Ao mesmo passo, se valer de notícias falsas como forma de autopromoção e como ferramenta para ludibriar sua base apoiadora e o restante da população, caracterizam irrefutável má-fé por parte desses agentes estatais.

Conforme apresentado, em *Sullivan*, o *Justice Black* trouxe o entendimento no sentido de que o povo e a imprensa devem ser livres para criticar agentes públicos e discutir sua administração, com a garantia de impunidade. Essa seria uma das formas de se preservar a liberdade de imprensa e impedir sua destruição por agentes do Estado.

Já *Justice Goldberg* citou em sua decisão o voto concorrente do *Justice Brandeis* no caso *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1927), afirmando que repressões geram ódio e esse ódio ameaça um governo estável. Também foi citado o precedente *DeJonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937), redigido pelo *Chief Justice Hughes*, que estabelece a necessidade de se

preservar os direitos constitucionais de liberdade de expressão, de imprensa e da liberdade de reunião, a fim de manter a oportunidade de uma discussão política livre. Hughes indicou em sua decisão que a manutenção dessas três garantias permite que o governo possa responder à vontade do povo e que mude, se assim desejar.¹⁰

Um instituto que tem sido muito estudado nos últimos anos pela academia consiste no *accountability* na gestão pública. O termo *accountability* pode ser traduzido como controle, fiscalização, responsabilização, ou ainda prestação de contas. Uma série de controladorias têm sido criadas a fim de garantir a efetiva prestação do serviço público por agentes estatais, como a Controladoria Geral da União (CGU), o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Ministério Público (MP). Para Sérgio Jund (2007, p. 424), a finalidade da auditoria governamental é a comprovação da legalidade e legitimidade dos atos e fatos administrativos e avaliação dos resultados alcançados:

Trata-se de uma importante técnica de controle do Estado na busca da melhor alocação de seus recursos, não só atuando para corrigir os desperdícios, a improbidade, a negligência e a omissão e, principalmente, antecipando-se a essas ocorrências, buscando garantir os resultados pretendidos, além de destacar os impactos e benefícios sociais advindos.

A utilização de órgãos de controladoria tem sido uma das formas de responsabilizar os agentes estatais pelos atos ilegais praticados na investidura do seu cargo. Em uma outra perspectiva, não se pode minorar a inegável importância da atuação das organizações da sociedade civil e da imprensa na fiscalização e no controle do exercício do Poder Público pelos governantes e burocratas. O ato de questionar atos governamentais e planos de governo faz parte do que se tem como o conceito de democracia, uma vez que o diálogo entre ideias antagônicas deve prevalecer em detrimento da censura e do autoritarismo.

A apreciação de casos relativos à liberdade de imprensa não ocorreram somente na Suprema Corte dos Estados Unidos. Conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal, em deliberação histórica, julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, a qual, por maioria, reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa em face do novo paradigma inaugurado pela Constituição da República de 1988.

A Lei de Imprensa tinha por objetivo fiscalizar e impor penalidades aos abusos praticados pelos profissionais da área, como os jornalistas, a fim de responsabilizá-los pelo desvio de finalidade de sua profissão. O texto legislativo ia de encontro com a liberdade de imprensa, garantida pela Constituição, tanto em seu artigo 5º, quanto em seu artigo 220.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS. op. cit.

À época, o Ministro Relator Ayres Britto reservou um item específico acerca da regulação da atividade da imprensa, elencando da seguinte maneira:

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220) (Supremo Tribunal Federal, 2009).

O Ministro Ayres (BRASIL, 2009), em sua ementa, trouxe que a liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. No mesmo sentido, decidiu-se que a liberdade de imprensa é um bem jurídico superior aos direitos à honra e à imagem daquele indivíduo que tenha sido veiculado em determinado meio de comunicação, devendo ser eventual a responsabilização ou consequência do pleno gozo da referida liberdade — cabendo somente quando se recair em excesso ou desconformidade com a atuação jornalística.

O acórdão da ADPF n° 130 trouxe uma série de questões debatidas pelos ministros, em especial em relação à atuação estatal em face da atividade empregada pela imprensa. Esse embate jurídico gerou limitações tanto ao Judiciário como ao Legislativo em relação à invasão ao conteúdo das matérias jornalísticas e reportagens dos veículos de imprensa. Outro ponto debatido consiste na possibilidade do Legislativo estabelecer uma legislação acerca da possibilidade de se haver uma “lei de imprensa” em sentido amplo — não se limitando ao código em análise.

Dos sete ministros que integram a maioria que levou à procedência da ADPF 130, dois compartilham claramente a fundamentação, pois o Min. Eros Grau acompanhou, sem reservas, o voto do relator. Ambos afirmaram claramente ser inconstitucional toda "lei de imprensa", ou seja, toda lei que discipline a imprensa em seus mais diferentes âmbitos, inclusive quanto ao conteúdo do que será publicado. Todavia, o STF, enquanto órgão colegiado, não ratificou o entendimento do relator da ADPF 130 de que o legislador estaria proibido pela Constituição de 1988 de interferir no conteúdo a ser divulgado pela imprensa.

Sob o prisma do *accountability* social, o julgamento da ADPF n° 130 trouxe a expressa previsão de que os agentes públicos se encontram em constante supervisão da população, e

havendo suspeitas de um comportamento antijurídico por esses, atraí-se para si suspeitas, que recorrentemente são noticiadas:

Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atraí contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

Ainda que muitas publicações veiculadas pela imprensa sejam direcionadas à figura de determinado agente estatal e sua forma de deliberação política ou administrativa, isso não permite que haja uma retaliação por parte deste, como forma de intimidar a mídia, principalmente por meio de insultos e xingamentos. Sendo uma matéria de interesse público, cujo conteúdo seja verídico e que informe o leitor sobre fatos ocorridos, sem atacar ou ofender a personalidade de outrem, a imprensa cumpre com sua função de exercer uma capacidade crítica sobre os outros Poderes. Jim Acosta traz em seu livro que, de acordo com a Constituição americana — não obstante ao que estabelece a brasileira — todos somos “livres para questionar nossos líderes sem temer retalhações” (ACOSTA, p. 60).

Todavia, indo na direção contrária àquela firmada em *Sullivan* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do RESP nº 680.794/PR (2010) afastou a necessidade de má-fé da publicação para ensejar a indenização. Ou seja, a nossa Corte Superior afastou a necessidade de comprovação do *actual malice* para se configurar o dever de indenizar. Ainda que tenha indeferido os pedidos do agente público que havia ajuizado ação em face de veículo de imprensa, a manifestação do STJ, de certa forma, enfraqueceu as possíveis defesas por parte da mídia em casos relacionados à difamação.

Cabe destacar que tal precedente vai de encontro outros precedentes clássicos sobre imprensa, como o REsp 984.803/ES (2009), que entende pela aplicação do referido instituto nos casos de difamação em face de veículos de comunicação:

O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. Pode-se dizer que o jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar.

Nesse caso, discutia-se ali reportagem veiculada no programa Fantástico (2002) em maio de 2002 sobre suposta corrupção na Prefeitura de São Gonçalo-RJ. No voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi foi indicado o campo de atuação da imprensa e como sua liberdade deve ser exercida, ainda quando o veículo não tiver integralmente todas as informações, ou divulgar investigação ainda em curso:

Por tudo isso, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.¹¹

Com base nesse cenário, observamos que a imprensa cumpre um papel fundamental no direito de informação, previsto pela Constituição Federal. Estabelecer uma transparência entre a atuação dos agentes públicos e a população, além de ser uma forma de prestação de contas, também permite que o governo possa responder à vontade do povo e que mude, se assim desejar, nos termos do voto do *Chief Justice Hughes* em *Sullivan*.¹²

Em outro giro, no momento em que figuras políticas utilizam notícias falsas para tentar silenciar jornalistas, ofender repórteres e intimidar a imprensa por meio de ataques e insultos constantes, além de incentivar que seus eleitores façam o mesmo, os agentes estatais reagem às críticas tentando dizimá-las sem ao menos acatá-las ou debatê-las. Em outras palavras, tais agentes se encontram imbuídos de efetiva má-fé — ou *actual malice* — buscando impedir que novas críticas sejam publicadas. Consiste em uma clara tentativa de eliminação de um inimigo, que na verdade não atua como tal, mas sim como porta voz da população, que, por via de regra, o elegeu para representá-los.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito é composto por pilares que convivem em constante harmonia e comunicação entre si, a fim de afastar qualquer forma de autoritarismo e evitar o surgimento de déspotas. A existência de tiranos no poder obsta a existência de um Estado Democrático e, por sua vez, a manutenção das garantias por ele asseguradas, dentre elas a imprensa livre de censura ou interferências estatais. A preservação desses pilares é de obrigação coletiva: não somente do Poder Público, mas também dos veículos de comunicação, associações civis e de todo cidadão.

A compreensão de uma imprensa democrática, plural e livre garante ao Estado Democrático de Direito uma ampla divulgação e acesso a informações de diversas naturezas e de distintas perspectivas, ainda que conflitantes entre si, promovendo um debate de ideias, não

¹¹ *Ibid.*

¹² ESTADOS UNIDOS. op. cit.

somente pelos veículos de comunicação, mas também pelos leitores, outrora eleitores e fiscais dos agentes estatais. Mesmo que a imprensa disponha de limites de atuação, ao impedir seu livre exercício e a possibilidade de se manifestar, por meio de coações e ataques provenientes de agentes estatais, há uma evidente fragilização da democracia daquela nação.

No mais, se valer de violência, de descredibilização de jornalistas e veículos de imprensa, além de utilizar notícias falsas para ludibriar eleitores têm sido algumas das formas que os atuais representantes do Estado estão utilizando a fim de se esquivar das críticas feitas pelos veículos de comunicação às suas atuações como agentes estatais, como tem feito Jair Bolsonaro e como fez Donald Trump no decorrer de seu mandato.

Ao analisar a imprensa do século XXI, observamos que, ainda que os veículos de comunicação tenham se desenvolvido e se aprimorado por meio das novas plataformas, como sites, redes sociais e podcasts, a função de manutenção do diálogo democrático e dever de informar permanecem sendo balizadores da atividade jornalística. Tendo como base os votos dos *Justices* em *Sullivan*, observamos que, ainda que recorrentemente vítima de ataques promovidos por agentes políticos, como Bolsonaro e Trump, a imprensa deve permanecer livre para criticar agentes públicos e discutir sua administração, com a prerrogativa de impunidade. Essa garantia decorre, num plano inicial, da liberdade de imprensa e manifestação, não obstante ao direito à informação. Numa segunda perspectiva, temos os veículos de comunicação como instrumentos de *accountability* social, o que aproxima os cidadãos dos seus governantes, permitindo uma maior transparência da execução do plano de governo.

De forma indubitável, se valer da má-fé — ou o *actual malice* indicado em *Sullivan* — para tentar difamar ou caluniar algum agente público não é o *modus operandi* adequado para que a imprensa divulgue notícias e reportagens, devendo inclusive ser responsabilizada por eventuais danos causados caso ocorra. Todavia, o mero inconformismo por parte do agente público em relação às críticas apresentadas por determinado veículo de imprensa não configura justificativa plausível para se tentar derrubar um dos pilares da democracia.

Ainda que os agentes públicos não tenham se valido do processo judicial como meio de silenciar a imprensa em razão do medo de indenizações milionárias — *chilling effect* —, a utilização de *media bashing* tem sido prática rotineira nos governos Bolsonaro e Trump. A utilização narrativas que não necessariamente condizem com a verdade, dando maior valor aos apelos emotivos e às crenças pessoais, como instrumento para se atacar os veículos de imprensa e diminuir sua credibilidade se mostra tão prejudicial quanto o cenário vivido em *Sullivan*, uma vez que a reputação do veículo fica em xeque.

Os veículos de comunicação, muito mais que um meio de divulgação de informações e notícias, agem também com viés crítico e reagem a atos antijurídicos e inconstitucionais realizados por figuras políticas. Retirar essa voz da mídia, ainda que por vias intimidatórias, é caminhar para um regime antidemocrático, cuja interferência estatal nos veículos de comunicação se tornam protocolo governamental e o livre debate ideológico passa a se tornar utópico.

REFERÊNCIAS

Fantástico: **Corrupção em São Gonçalo (21/04/2002)**. YouTube, 21/04/2004. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=P88zw3FRV-0&ab_channel=48Horas. Acesso em 25 ago. 2022.

ACOSTA, Jim. **O Inimigo do Povo**. Tradução de Rogério W. Galindo. Rio de Janeiro: Harper Collins. 2019.

AFONSO, Nathália. Dia da Imprensa: Bolsonaro atacou veículos e jornalistas em 17 das suas 21 lives em 2021. **Folha de São Paulo**, Rio de Janeiro, 01 de junho de 2021. Lupa. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/06/01/dia-imprensa-bolsonaro-ataque/>. Acesso em: 09 ago. 2021.

ALBUQUERQUE, Afonso de. Um outro "Quarto Poder": imprensa e compromisso político no Brasil. **Revista Contracampo**, p. 23-57, 2000, p. 31.

BOLSONARO e os filhos fizeram 469 ataques a jornalistas e veículos de imprensa em 2020, diz ONG. **Globo**, Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2021. Bom Dia Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/25/bolsonaro-e-os-filhos-fizeram-469-ataques-jornalistas-e-veiculos-de-imprensa-em-2020-diz-ong.ghtml>. Acesso em: 09 ago. 2021.

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 19 abr. 2022.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130/RS**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 30 de abril de 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 984803/ES**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de maio de 2009.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 680794/PR**. Relatora: Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de junho de 2010.

CASA Branca suspende credencial de jornalista da CNN que discutiu com Trump. **Globo**. Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2018/11/08/casa-branca-suspende-credencial-de-jornalista-da-cnn-que-discutiu-com-trump.ghtml>. Acesso em: 17 abr. 2022.

CLASSIFICAÇÃO: Os dados da Classificação da Liberdade de Imprensa 2021. **Repórteres sem Fronteiras**, 2021. Disponível em https://rsf.org/pt/classificacao_dados. Acesso em: 12 ago. 2021.

ESTADOS UNIDOS. **New York Times vs. Sullivan**, 376 U.S. 254, 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRYNBAUM, Michael M. Trump Calls the News Media the ‘Enemy of the American People’. **The New York Times**, Nova York, 17 fev. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/02/17/business/trump-calls-the-news-media-the-enemy-of-the-people.html>. Acessado em: 18 abr. 2022.

HEED Their Rising Voices. **The New York Times**, Nova Iorque, 29 de março de 1960. Disponível em: <https://www.archives.gov/exhibits/documented-rights/exhibit/section4/detail/heed-rising-voices-transcript.html>. Acesso em: 03 ago. 2021.

JAIR Bolsonaro. **Repórteres sem Fronteiras**, 2020. Disponível em <https://rsf.org/pt/predator/jair-bolsonaro>. Acesso em: 12 ago. 2021.

JUND, Sérgio. **Administração financeira e orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2007

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007. E-book Kindle.

LEWIS, Anthony. *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*. New York: Vintage, 2011. E-book Kindle.

MIAZZO, Leonardo. Juíza condena Bolsonaro a indenizar Patrícia Campos Mello por ataque machista. **Carta Capital**, São Paulo, 27 de março de 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/juiza-condena-bolsonaro-a-indenizar-patricia-campos-mello-por-ataque-machista/>. Acesso em: 09 ago. 2021.

MILL, J. S. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

PERMANENT suspension of @realDonaldTrump. **TWITTER**. Disponível em: <https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PIERCE JR, Samuel Riley. *The Anatomy of an Historic Decision: New York Times Co. V. Sullivan*. **North Carolina Law Review**. v. 43, n. 2, p. 315-363, 1965.

RODRIGUES, Sandra. Expressões Populares parte II. Paraná Centro – **Jornal de Notícias e Negócios**, 2018. Disponível em: <https://jornal.paranacentro.com.br/noticia/25196/expressoes-populares-parte-ii>. Acesso em: 30 abr. 2022.

RSF pede a Trump que interrompa os ataques a jornalistas e convida os meios de comunicação a refletir sobre a legitimidade da cobertura das coletivas de imprensa sobre o Covid-19. **Repórteres sem Fronteiras**, 2020. Disponível em <https://rsf.org/pt/noticia/eua-rsf-pede-trump-que-interrompa-os-ataques-jornalistas-e-convida-os-meios-de-comunicacao-refletir>. Acesso em: 12 ago. 2021.

RSF acusa Donald Trump de promover "caça às bruxas" contra jornalistas. **Terra**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/estados-unidos/rsf-acusa-donald-trump-de-promover-caca-as-bruxas-contra-jornalistas,41511d18e644c232383bb1be2168f1a9pylnwdx.html>. Acesso em: 12 ago. 2021.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TRUMP enfrenta novas críticas após atacar imprensa dos EUA. **Correio Braziliense**. Brasília, 22 de janeiro de 2017. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/mundo/2017/01/22/interna_mundo,567309/trump-enfrenta-novas-criticas-apos-atacar-imprensa-dos-eua.shtml. Acesso em: 18 abr. 2022.

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO E OS IMPACTOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ADMINISTRATIVE LAW OF FEAR AND THE IMPACTS ON PUBLIC POLICIES

José Mário Vipievski Júnior¹

Maria Luiza Millani²

Resumo: a atuação da administração pública tornou-se cada vez mais necessária e complexa com o advento do estado prestacional, tendo a administração pública como um dos principais concretizadores das políticas públicas. Paralelo ao aumento da atuação da administração pública, aumentaram também os mecanismos de controle dos atos administrativos, a fim de coibir ilicitudes. A atuação dos controladores gera efeitos positivos no que tange o combate a corrupção, porém, é evidente que não a impede por completo. Além disso, há um aspecto negativo, nem sempre verificado, decorrente da atuação dos órgãos controladores, qual seja: o medo administrativo. Os administradores públicos, por vezes, passam a atuar envoltos em medo, o que desencadeia em posturas de autoproteção, com uma gestão sem criatividade ou inovação, imersa em burocracia, postergações e ausência de decisões. Esta política do medo espalha efeitos por todos os campos da atuação do administrador, inclusive sobre as tão importantes e necessárias políticas públicas, fundamentais para o acesso do cidadãos aos direitos constitucionalmente previstos.

Palavras-Chave: direito administrativo; administração pública; medo; políticas públicas.

Abstract: the performance of public administration has become increasingly necessary and complex with the advent of the state providing public services, with public administration being one of the main implementers of public policies. Parallel to the increase in the performance of public administration, the mechanisms of control of administrative acts also increased, in order to reduce illegalities. The actions of controllers generate positive effects for the fight against corruption, however, it does not completely prevent it. In addition, there is a negative aspect, not always observed, resulting from the actions of Organs controlling bodies, namely: administrative fear. Public administrators sometimes start to act with fear, resulting in self-protection postures, with a management without creativity or innovation, immersed in bureaucracy, delays and lack of decisions. This fear policy generates effects on the administrator, including on the performance of public policies, fundamental for the constitutionally foreseen rights.

Keywords: administrative law; public administration; fear, public policy.

¹ Mestrando em Desenvolvimento Regional - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado - UNC, Canoinhas (SC), Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado, UNC, Canoinhas (SC), Brasil. E-mail: vipievski@unc.br

² Doutora em Serviço Social. Docente no Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional, da Universidade do Contestado - UNC, Canoinhas (SC), Brasil. E-mail: marialuiza@unc.br

Sumário: Introdução. 1. Administração Pública. 1.1. O direito administrativo. 1.2. A trajetória da administração pública no Brasil. 1.3. Políticas Públicas: um estado prestacional. 1.4. Mecanismos de controle da administração pública. 2. A cultura do medo. 2.1. O direito administrativo do medo. 3. O direito administrativo do medo e os reflexos sobre a concretização de políticas públicas. Conclusão

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de questões relacionadas com a atuação da administração pública no que concerne a implementação de Políticas Públicas, mais precisamente sobre os efeitos decorrentes do controle dos atos administrativos. Os órgãos de controle, ou seja, mecanismos jurídicos, políticos e sociais, bem como as estruturas e entidades que controlam as ações dos administradores públicos, desempenham funções relevantes sobretudo no que tange o combate a corrupção. Entretanto, a atuação destes órgãos, por vezes, acarreta em efeitos indesejados, conhecidos como “direito administrativo do medo³”, expressão utilizada pela primeira vez por Rodrigo Valgas dos Santos, no ano de 2015 em uma conferência (SANTOS, 2020).

Segundo Baumann, o medo reflete incertezas humanas, ou seja, o desconhecimento acerca de um risco, de uma ameaça, bem como do que deve ou não deve, do que pode ou não pode ser feito, para enfrentá-la ou cessá-la (BAUMANN, 2006).

A ideia de um Estado prestador de serviços públicos pressupõe uma administração pública atuante, voltada para a concretização de direitos dos cidadãos. Desta forma, as atribuições da administração pública na condução do Estado tornaram-se cada vez mais amplas e complexas. No mesmo sentido, as estruturas legais e organizacionais de controle dos atos da administração tornaram-se cada vez mais organizadas e ampliadas.

O direito administrativo do medo consiste no fato de que o administrador público da atualidade, muitas vezes atua com receio de ser responsabilizado (penal, civil e administrativamente), razão pela qual tem como primeiro objetivo a autoproteção, evitando qualquer tipo de ato de possa acarretar riscos de responsabilização, e neste sentido, acaba por causar uma disfunção no serviço público, afastando-se do princípio da eficiência. Os mecanismos de controle passam a ser questionados uma vez que, além de não impedirem

³ Para a psicologia, segundo Luciana Oliveira dos Santos (2003) “em um sentido estrito (...) o medo é concebido como uma emoção-choque devido à percepção de perigo presente e urgente que ameaça a preservação daquele indivíduo. Provoca, então, uma série de efeitos no organismo que o tornam apto a uma reação de defesa como a fuga, por exemplo”.

inúmeros casos de corrupção, criam dentro da administração pública uma política do medo, que ao invés de afastar a corrupção, pode ter afastado a iniciativa, a inovação e a liberdade dos agentes públicos, gerando reflexos negativos.

O problema que norteia o presente artigo: O direito administrativo do medo gera, ou possui potencial de gerar, efeitos e/ou reflexos sobre a concretização das políticas públicas?

Nesta direção, tem-se como objetivo geral identificar os efeitos do medo administrativo sobre os serviços públicos, mais precisamente no que concerne as políticas públicas. Os objetivos específicos são: Analisar o direito administrativo e a administração pública brasileira em seu aspecto evolutivo. Descrever a atuação do Estado e a necessidade de implementação de políticas públicas. Identificar as estruturas jurídicas e organizacionais que realizam o controle dos atos dos administradores. Compreender o que é o medo no âmbito do direito administrativo, identificando suas nuances e efeitos.

Inicialmente será apresentado o direito administrativo enquanto um ramo autônomo do Direito, referindo-se aos aspectos da administração pública. Em seguida será apresentado uma breve contextualização histórica dos modelos de administração pública presentes no Brasil, conectando a atuação administrativa com o ideia de um estado prestacional, que tem, dentre outras incumbências, a missão de implementar políticas públicas. Partindo da premissa que a atuação da administração Pública necessita ferramentas de controle, a fim de coibir atos ilícitos por parte dos gestores, discorrer-se-á acerca dos dispositivos legais e das estruturas organizacionais que realizam o controle dos atos do administrador público.

Em seguida será abordada a concepção da cultura do medo, com ênfase nos administradores públicos em face da ação dos controladores. Por fim, será apresentado um paralelo entre a atuação da administração pública para concretização das políticas públicas e os reflexos do medo administrativo, ou seja, os potenciais ou efetivos efeitos que o medo administrativo pode causar na atuação do administrador público responsável pela operacionalização das políticas públicas. Esta pesquisa apresenta como aporte metodológico uma abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica acerca do tema.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. O direito administrativo

O Direito Administrativo surge como um ramo autônomo do direito no final do século XVIII e início do século XIX. Nos períodos anteriores existiam normas administrativas, porém

estavam sempre associadas a outros ramos do direito, principalmente o Direito Civil. A autonomia do Direito Administrativo surge com o Direito Constitucional, mais precisamente com o advento do Estado Moderno (DI PIETRO, 2019).

Tomemos aqui a definição de Estado proposta por Jean-Jacques Rousseau, no Contrato Social. Para o referido pensador, o homem nasce naturalmente livre, mas que, pela ação de outros homens, costumeiramente é encontrado em correntes, neste sentido, propõe uma “forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e, pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça senão a si mesmo e fique tão livre como antes” (ROUSSEAU, 2000, p. 25).

A Revolução Francesa teve importante papel no desenvolvimento do direito administrativo. Emerge a necessidade de normatizar a competência das autoridades, buscando limitar o poder e definir os direitos dos particulares. As relações entre o Estado e a sociedade refletem-se no direito administrativo.

Uma análise histórica aponta para o fato de que em um Estado absolutista, comum entre os séculos XVI e XIX, o poder, exteriorizado na figura do Soberano, realizava controle total sobre a sociedade. Já no século XIX, com o advento de um Estado liberal, ocorre um distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, trata-se de um Estado abstencionista, que realiza o mínimo de funções que lhe cabem. Na segunda metade do século XX, o Estado passou a ter atuação em setores econômicos e sociais da coletividade, e ampliaram-se, de modo significativo, as funções sociais e assistenciais (MEDAUAR, 2018).

O Direito Administrativo se traduz “no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (MEIRELLES, 2016, p. 42).

O Estado deixa de ser abstencionista e passa a ser um Estado prestacional, e com isso a administração pública fica cada vez mais complexa, surgindo mecanismos e estruturas necessárias para concretizar as ações do Estado, dentre elas, a prestação de serviços públicos e a criação de políticas públicas. Neste cenário, o Direito Administrativo ganha espaço para desenvolver-se.

1.2. A Trajetória da administração pública no Brasil

No ano de 1995, no Brasil, a Presidência de República elaborou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado no âmbito do extinto Ministério da Administração

Federal e Reforma do Estado, cujo Ministro à época era Luiz Carlos Bresser Pereira. Nesse plano é apresentada a perspectiva histórica da evolução da administração pública brasileira, partido de três modelos utilizados em vários países, quais sejam: o modelo patrimonialista, modelo burocrático e modelo gerencial (BRASIL, 1995).

O modelo ou fase patrimonialista caracteriza-se pela inexistência de separação entre a esfera pública e a esfera privada do soberano, ou seja, há uma dominação política e patrimonial por parte do governante, é o modelo comumente adotado nos estados absolutistas. Tem como características o nepotismo⁴, o clientelismo⁵ e o fisiologismo⁶. Foi o modelo trazido pela nobreza Portuguesa, e que prevaleceu até a década de 1930 (DRUMONT, *et al.* 2014).

Já o modelo burocrático de administração pública no Brasil inicia em 1930 e vai até a década de 1990, tendo como marco inicial o governo de Getúlio Vargas, mais precisamente pela criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, no ano de 1936, reconhecida como a primeira reforma administrativa do Estado brasileiro (DRUMONT, *et al.* 2014).

A burocracia, embora na atualidade seja comumente associada como algo enfadonho, moroso e de pouca eficiência, tem por objetivo romper com a corrupção e os favorecimentos, características comuns do modelo patrimonialista.

O modelo burocrático se assenta nos estudos de Max Weber, para o qual as organizações podem tornar-se mais eficientes a partir da implementação de normas bem definidas. Assim, o raciocínio burocrático traduz a ideia de ordem e dominação legitimada pela existência de normas preestabelecidas (WEBER, 2000).

As principais características do modelo burocrata são a impessoalidade, a hierarquia de cargos com competências e atribuições, seleção de pessoal com base em qualificação técnica, sistemas de controle dos atos e separação absoluta entre os bens públicos e privados.

⁴ Segundo Marcelo Alexandrino, o Nepotismo consiste na nomeação de parentes, consanguíneos ou por afinidade, para o exercício de cargos em comissão e/ou funções de confiança (ALEXANDRINO, 2011)

⁵ O clientelismo, em seus aspectos históricos, remonta as clientelas romanas, que consistia em uma relação entre sujeitos que, embora não integrassem uma comunidade familiar, viviam em dependência para com ela. Eram geralmente escravos ou estrangeiros que, como forma de gratidão pelo suporte político, jurídico e econômico que a família lhe prestava, ofereciam seus serviços, bem com submissão e respeito ao seu senhor. Contemporaneamente, o clientelismo é entendido como a prática pela qual os políticos de profissão oferecem, em troca da legitimação e apoio, uma série de benefícios às custas do Poder Público, como cargos e empregos públicos, financiamentos, autorizações e liberações. Trata-se de uma rede de fidelidades pessoais que passam, quer pelo uso pessoal dos recursos estatais, quer pela apropriação de recursos "civis" autônomos (BOBBIO *et al.*, 1998).

⁶ O fisiologismo pode ser considerado como a relação de poder político entre pessoas, partidos ou grupos, na qual determinadas ações e decisões políticas se dão em troca de favores, cargos ou votos. Também se entende como fisiologismo a conduta de agentes públicos que se dedicam à satisfação de interesses particulares e a busca de vantagens pessoais ou partidárias, em detrimento do interesse coletivo, e às custas do erário público, com utilização da máquina política e de recursos estatais (BARBOSA, 2020).

O modelo gerencial, por sua vez, surge no Brasil a partir de 1990, e tem fundamentos no pensamento neoliberal. Na perspectiva gerencial, o Estado se abstém de ser o provedor de bens e serviços, a assume uma função de gestor e regulador do desenvolvimento. Este modelo demanda novas formas de relação entre o Estado, a sociedade e o mercado, através de processos inovadores de planejamento e implementação de políticas públicas (DRUMONT, *et al.* 2014).

A Reforma Gerencial foi implementada no Governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, no qual foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, idealizado pelo Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. O plano foi inspirado no modelo de gestão neoliberal do Governo de Margaret Thatcher, que por sua vez baseado no modelo de administração de Empresas do setor privado (BRESSER PEREIRA, 1996).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o aspecto gerencial foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que trouxe, dentre outras mudanças, o princípio da eficiência.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

Busca-se atingir critérios de eficiência na prestação do serviço público, ou seja, atingir os objetivos finais da administração, com o menor custo possível. O princípio da eficiência, segundo Medauar:

O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. (MEDAUAR, 2018, p. 127)

Percebe-se que a administração pública brasileira passou por um processo histórico de mudanças, porém, é também perceptível que os modelos ou fases anteriores não foram suplantados, ou seja, os modelos patrimonialista, burocrático e gerencial coexistem na atualidade, com maior ou menor incidência. Ou seja, os traços de todos os modelos são presentes na administração pública brasileira. O Brasil busca realizar uma administração gerencial, conforme traz nos textos normativos citados acima, porém ainda possui muitos aspectos burocráticos na sua atuação, e além disso, ainda possui resquícios do modelo patrimonialista, como o nepotismo, que ainda subsiste.

Seguindo a dinâmica social, surge uma nova proposta, denominada de Governança Pública, para a qual o Governo Federal editou, no ano de 2018, um guia da Política de Governança, no qual conceitua-se:

Assim, de forma mais objetiva, na condução da política de governança considera-se que governança pública compreende tudo o que uma instituição pública faz para assegurar que sua ação esteja direcionada para objetivos alinhados aos interesses da sociedade. (BRASIL, 2018)

Na ideia de governança pública deve ocorrer aproximação das ações do Estado com os anseios da sociedade, e, neste sentido, uma maior participação da sociedade nos direcionamentos dos serviços públicos.

A partir das perspectivas históricas da trajetória da administração pública, sobretudo a partir das demandas por um estado prestacional, verifica-se que incumbe ao administrador da coisa pública a concretização dos direitos assegurados aos cidadãos, cujo exercício depende, necessariamente, da atuação do ente estatal, que se dá, em parte por meio de políticas públicas.

1.3. Políticas públicas: um estado prestacional

Os direitos fundamentais são ordenados pela doutrina jurídica em dimensões. A primeira dimensão marca a transição de um Estado autoritário para um Estado de Direito, caracterizado pelo abstencionismo estatal em prol dos direitos e liberdades individuais. Na segunda dimensão estão os direitos sociais, impulsionados pelos adventos decorrentes da Revolução Industrial, sobretudo em razão das precárias condições de trabalho, que eclodem movimentos sociais na luta por direitos. O Estado passa de uma condição abstencionista para uma condição prestacional, sendo incumbido da concretização de direitos sociais como saúde, educação, segurança (LENZA, 2019).

Na terceira dimensão encontram-se os chamados direitos transindividuais, que decorrem dos novos arranjos sociais sobretudo pós segunda guerra. Nesta dimensão estão os direitos relacionados ao meio ambiente, tecnologia, consumo, desenvolvimento, comunicação, paz (LENZA, 2019).

Neste sentido, para concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda e terceira dimensão, é fundamental que o Estado realize prestações positivas, ou seja, atuações concretas por parte dos governos e das instituições, com objetivo de implementar os direitos sociais, os quais possuem previsão Constitucional, mais precisamente no artigo 6º, sendo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). (BRASIL, 2015)

Uma das formas de promover a materialização dos direitos sociais é a implementação de Políticas Públicas, movidas pelo Estado. A definição de política pública não é uma tarefa de menor complexidade. Em que pese a dificuldade conceitual, sobressai o fato de que a ideia de política pública encontra-se bastante atrelada aos misteres do Estado de Direito, e neste prisma, o conceito encontra-se imbricado com as estruturas político normativas.

Esta é a postura defendida por Flávio Roberto de Almeida Heringer (2018, p. 26) “Portanto, tendo em vista os princípios inerentes ao Estado de Direito, podemos afirmar, sem receio que o conceito de política pública está fortemente atrelado à sua relação com o arcabouço normativo que a define”.

Segundo Celina Souza, política pública é o campo do conhecimento que busca, provocar as ações do governo e/ou analisar as ações realizadas e, quando necessário, apontar eventuais necessidades de mudanças no rumo dessas ações. As políticas públicas são, portanto, os estágios nos quais os governos democráticos exteriorizam e implementam seus programas eleitorais, a fim de produzir resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006).

Tanto as expressões “política” quanto “políticas públicas” estão relacionadas com o exercício do poder social, entretanto, a expressão política é mais ampla, relacionada com o poder de uma forma geral, enquanto que as políticas públicas estão relacionadas mais intimamente com soluções específicas acerca do manejo dos assuntos de natureza pública (DIAS E MATOS, 2012).

Verifica-se que, com uma maior demanda sobre o Estado, e com a função premente de concretizar direitos por meio da realização de políticas públicas, os atos administrativos apresentam-se cada vez mais complexos. Em que pese a evolução dos modelos de administração, permanecem vivos e presentes vários resquícios do modelo patrimonialista não superado na sua totalidade. A apropriação do bem público pelo interesse privado, o nepotismo, os favorecimentos, a corrupção, entre outros fenômenos bastante conhecidos.

Com o intuito de controlar quaisquer abusos por parte do administrador, surge junto da burocracia, os mecanismos de controle da administração, que acabam ganhando novos contornos, inclusive de natureza tecnológica, acompanhando a dinâmica social.

Doravante o texto trata sobre os mecanismos de controle da administração pública, bem como sobre efeitos e/ou consequências advindas destes mecanismos, que refletem sobre as obrigações do Estado garantidor de direitos por meio da implementação de políticas públicas.

1.4. Mecanismos de controle da administração pública

Considerando que os fins do Estado devem sempre estar pautados no interesse público, surge a necessidade de controle sobre os atos dos administradores públicos, ou seja, tratam-se de instrumentos jurídicos destinados a monitorar se as ações da administração pública se encontram em observância aos ditames legais, bem como com os interesses públicos.

O Estado é gerido pelas normas, e por meio destas também são concebidos os mecanismos de controle. É o que relata Edimur Ferreira de Faria:

Com o advento do Estado de Direito, surgiu a especialização das funções básicas e primordiais do Estado, materializadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como consequência, o Estado passou a submeter-se a controle. A norma jurídica passou a ser o ponto de referência e de obediência pelo Estado e pelos administrados. (FERREIRA, 2011, p. 200)

Tal controle se opera de várias formas distintas, em momentos distintos. Carvalho Filho, apresenta o controle administrativo como sendo o conjunto de mecanismos, jurídicos e administrativos, que possibilitam o exercício do poder de fiscalização e revisão de atos administrativos em quaisquer níveis de poder (CARVALHO FILHO, 2015).

O surgimento e aprimoramento dos mecanismos de controle acompanham a evolução do direito administrativo. Ao passar de um estado abstencionista para um estado prestacional, o número de atividades e serviços prestados pelo Estado aumentou significativamente, paralelamente, aumentaram os instrumentos jurídicos para realização do controle de atos.

A atuação da Administração Pública é contida, jurídica e politicamente, por duas técnicas de controle, sendo elas a limitação e o controle. A limitação ocorre pela restrição jurídica imposta à ação do Estado, objetivando à proteção das liberdades e direitos dos administrados, por ser uma imposição jurídica e prévia, trata-se de uma contenção estática, ou seja, há uma imposição legal que limita a atuação da administração. Já o controle opera pela reação, contrapondo à atuação do Estado, buscando tornar efetiva a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, sendo uma contenção dinâmica. O controle, portanto, se dá no campo concreto dos atos administrativos (MOREIRA NETO, 2014).

O ordenamento jurídico brasileiro subsidiou a criação de instituições com competência para acompanhar e controlar a atuação da Administração Pública, buscando evitar o abuso de poder e a corrupção, mazelas do Poder Público no país. Entre as mais relevantes cita-se: os Tribunais de Contas, os Portais de Transparência, as Controladorias e ouvidorias, as Polícias, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e municípios, o

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Comissão de Valores Mobiliários, além do próprio Poder Judiciário, e do Legislativo (CAMPANA, 2017).

Percebe-se que são estruturas tanto internas, da própria Administração Pública, federal, estadual, distrital e municipal, quanto estruturas externas. Entretanto, a existência dessas estruturas e instituições, por si só, não é suficiente se não existirem mecanismos jurídicos capazes de coibir e, se for o caso, sancionar.

Entre as principais legislações que configuram a política pública de controle sobre o Estado encontram-se: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Código Penal, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), a Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13,869/2019).

Há, portanto, um emaranhado de estruturas, instituições e atos normativos voltados para a realização do controle da Administração Pública. Este aparato é um componente relevante para uma sociedade democrática, entretanto, por vezes o controle se dá de forma desordenada, com sobreposição de instituições atuando sobre um mesmo objeto, causando uma espécie de competição e conflitos entre os controladores, indo de encontro ao princípio da economicidade⁷. A atuação simultânea realizada por órgãos distintos, sobre um mesmo fato, implica em gastos desnecessários, sem racionalidade adequada do uso dos recursos públicos.

Outra consequência do excesso de estruturas de controle é o fato de que disseminou-se uma espécie de predileção punitiva por parte dos agentes responsáveis pelo controle. Algumas simples irregularidades formais (como erros, esquecimentos, inobservância de formalidades) por vezes são punidas com rigor semelhante ao atos ilícitos dolosos, que causam efetivos prejuízos ao erário (CAMPANA, 2017).

Carlos Ari Sundfeld afirma que no Brasil há uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos. Por óbvio, a corrupção, desvio de recursos e outros males precisam ser apurados e punidos com severidade, porém, há processos punitivos que decorrem de erros ou falhas dos gestores. Erros e falhas inerentes a qualquer organização, inerentes àqueles de decidem (SUNDFELD, 2016).

O grau de corrupção no Brasil mostra-se elevado. Conforme apontam os dados do portal *Transparency International* o Brasil ocupa a 98ª posição no ranking da percepção de corrupção,

⁷ Princípio que objetiva a minimização dos gastos públicos, sem comprometimento dos padrões de qualidade. (BRASIL, 2021)

em um universo de 180 países analisados no ano de 2020 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2020).

A corrupção justifica a existência cada vez maior de órgãos e institutos jurídicos de controle, com uso de recursos tecnológicos. Entretanto, a sociedade possui um baixo grau de análise crítica acerca da ação das instituições de controle, de maneira que, aparentemente, todas as condutas destas entidades são legítimas e corretas, entretanto, existem, por vezes, erros, equívocos e excessos (NIEBUHR, 2017).

Há uma insegurança jurídica que paira sobre a administração pública, em razão de competências sobrepostas por parte dos órgãos de controle, bem como em razão de uma espécie de “propósito messiânico de depuração da administração pública, aos seus olhos corrompida”, pela aplicação de sanções, de forma célere e exemplar, que por vezes olvida do devido processo legal (NIEBHUR, 2017).

Qualquer extremo neste âmbito é temerário. Os órgãos de controle não precisam e não devem ser exaltados. É preciso admitir que são suscetíveis de falha. Em contrapartida, não podem ser vilanizados, uma vez que há mérito na sua atuação. A análise crítica que se propõe visa entender o efeito que a existência dos mecanismos de controle gera sobre os administradores, e, por conseguinte, seus reflexos sobre as políticas públicas.

2. A CULTURA DO MEDO

Doravante será direcionada atenção ao aspecto do medo no âmbito do direito administrativo. Conforme destaca Rodrigo Valgas dos Santos, a relação do Direito e do medo já foi objeto de análise da filosofia, psicologia, sociologia e das ciências jurídicas, e como exemplos cita:

Thomas Hobbes: *The Leviathan* (HOBBS, 1994); Michel Foucault: *Microfísica do poder* (FOUCAULT, 2012), Cass Sunstein: *Laws of fear: beyond the precautionary principle* (SUNSTEIN, 2005), ou mesmo o *Medo líquido*, de Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2008), entre tantos autores que nas mais diversas áreas do saber têm estudado o medo e o temor na cultura ocidental (SANTOS, 2020, n.p).

Vários serão os estudos acerca do medo e de suas dimensões, sobretudo no campo da psicologia. O presente trabalho não tem por objetivo debruçar-se sobre o estudo do medo em si, razão pela qual as definições apresentadas a seguir destinam-se apenas a ilustrar o medo como sentimento.

A palavra medo vem do latim metus. Na língua grega, o termo utilizado para referir-se ao medo é phobos, da qual a palavra fobia se origina (VESCHI, 2019). No dicionário de Língua Portuguesa, o medo é definido como o “Estado Emocional resultante da consciência de perigo ou de ameaça, reais, hipotéticos ou imaginário (PRIEBAM, 2021. n.p.)

Luciana Oliveira dos Santos entende que, em um sentido estrito, o medo é concebido como uma emoção decorrente da percepção de uma situação de perigo que ameaça a preservação de um indivíduo, e provoca uma série de efeitos no organismo, que possibilitam ao indivíduo uma reação de defesa, como por exemplo, a fuga (DOS SANTOS, 2003).

Sobre uma abordagem contemporânea, Zigmund Baumann afirma que “O medo é o nome que damos à nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance” (BAUMANN, 2006 p. 7).

Sobre a perspectiva do medo enquanto um sentimento diante de uma situação de risco, perigo ou incerteza, passa-se doravante a verificar suas ocorrências e consequências no âmbito da administração pública, em face a atuação dos mecanismos de controle.

2.1. O direito administrativo do medo

Todas as estruturas e normas, associadas ao rigor punitivo, foram incapazes de erradicar a corrupção, desvio de verbas e atos de improbidades em geral. Diuturnamente são ventilados na imprensa fatos dessa natureza. Em reação a este cenário, foram ampliados e aprofundados os instrumentos próprios ao poder punitivo no âmbito da burocracia estatal. Como decorrência desse excesso de poder punitivo e da natureza estritamente burocrática do controle da atuação estatal, instaurou-se um clima de medo na Administração Pública (CAMPANA, 2017, p. 207).

O risco e o medo do controle geram uma disfunção na Administração Pública, qual seja, a atuação insuficiente e ineficiente decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle (SANTOS, 2020).

As disfunções burocráticas na Administração Pública são estudadas e enfrentadas há vários anos. Não é de hoje que a burocracia é questionada e relacionada com ineficiência, porém, a disfunção que se verifica em razão do medo dos mecanismos de controle é fenômeno relativamente recente, e produz consequências no desempenho da Administração Pública, influenciando condutas, comissivas ou omissivas. A administração pública, a gestão pública e os governos tornaram-se objeto da ciência, do direito e por conseguinte da legislação.

Segundo Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, identificam-se pelo menos três espécies, variantes ou modalidades do medo administrativo. A primeira está relacionada com o medo das consequências para terceiros, conexas com a ideia da sociedade de risco⁸. O administrador teme os resultados colaterais de suas decisões, como por exemplo, no caso da liberação de uso/comércio de um determinado medicamento, ou o licenciamento de uma atividade potencialmente poluidora (MASCARENHAS, 2016).

A segunda variante do medo está associada aos agentes políticos, que temem consequências eleitorais de seus atos, mais especificamente o impacto de seus atos nas próximas eleições, ou seja, temem realizar atos que desagradem seus eleitores (MASCARENHAS, 2016).

Na terceira modalidade ou variante do medo, o agente teme que as consequências de seus atos o atinjam diretamente, quer seja por sofrer violência por parte da pessoa que suportará consequências dos atos, como o cidadão que recebe uma multa ou o empresário que tem a atividade paralisada/embargada, ou ainda, o medo de ser punido por órgãos de controle (internos ou externos) que interpretem seu ato como ilegal, podendo ser responsabilizado, concomitantemente, nas esferas civil, penal e administrativa (MASCARENHAS, 2016).

Há que se considerar que, sob uma determinada perspectiva, o medo não é algo negativo, uma vez que impõe ao administrador uma postura que considere o interesse público, o direito de terceiros, que atue com parcimônia e prudência, entretanto, quando em excesso, o medo pode resultar em morosidade, burocracia infundada, ou até mesmo na inércia.

No mesmo sentido, o administrador público ocupante de cargo eletivo que, ao decidir, leva em consideração e teme a opinião de seus eleitores, estará alinhado com a ideia de representatividade, porém, se pelo medo da opinião pública deixa de tomar as decisões necessárias, ainda que impopulares, o efeito do medo será negativo. O medo da violência e das punições impostas pelos mecanismos de controle, coloca o administrador público em situação de fiel observância ao princípio da legalidade, assim sendo, se por medo da punição e dos mecanismos de controle o administrador público deixa de cometer abusos de poder e atos ilícitos em geral, trata-se um aspecto positivo do medo, porém, se o administrador público, diante de atos que não configuram ilícitos, mas que são passíveis de interpretações diversas, deixa de cumprir ou retarda suas funções por receio ou temor, novamente o aspecto do medo será negativo (MASCARENHAS, 2016).

⁸ Expressão criada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck para definir o comportamento humano autodestrutivo, indicando que na atualidade os principais riscos da humanidade são criados pela própria sociedade, sendo, portanto, artificiais. São riscos maiores, mais amplos e muito mais perigosos que os riscos naturais. (BECK, 2010).

Não se trata de dispensar os mecanismos de controle, mas sim de ajustá-los à medida que não configurem como uma trava para o exercício da boa administração. Se a prioridade da legislação administrativa for o controle em detrimento da gestão, nenhuma reforma administrativa dará conta de trazer eficácia.

Os problemas da administração pública não decorrem apenas das imperfeições técnicas nas leis ou nos procedimentos dos agentes, decorrem também de uma preferência jurídica pela adoção da máxima rigidez e controle, ainda que tal postura comprometa a boa gestão da coisa pública (SUNDFELD, 2016).

Carlos Ari Sundfeld aponta quatro ideias acerca do excesso de controle: (i) o excesso de burocracia e dirigismo obstam muito mais a gestão do que a corrupção, como evidencia a lei 8.666/1993, que com toda sua burocracia e regramento não impediu a ação de corruptos; (ii) nem todo o controle instituído pelo poder público vale o custo e o risco, pois a multiplicação do controle aumenta os conflitos, inclusive entre os controladores, e possuem um custo elevado; (iii) não se pode admitir uma uniformidade burocrática, ou seja, os órgãos públicos devem ter regimes jurídicos diferentes, ajustados na medida da qualidade de sua governança, de forma que órgãos e entidades com alto nível de governança recebam um tratamento com maior liberdade de ação, menos limitação e burocracia; (iv) não pode recair sobre o gestor as consequências e responsabilidade decorrentes do risco de falhar e das incertezas do próprio direito (SUNDFELD, 2016).

A corrupção propiciou o surgimento de uma cruzada contra os administradores públicos. Atos de corrupção ou congêneres devem ser efetivamente perseguidos, entretanto, existem punições aplicadas em razão de falhas do administrador público, que nenhuma relação tem com corrupção ou desvio de verbas. Muitas vezes são apenas erros, falhas operacionais, frutos de divergências de opiniões, equívocos na interpretação. Estas falhas, naturais em qualquer organização, no âmbito da administração pública são passíveis de punição (SUNDFELD, 2016).

A ideia de que as estruturas de controle seriam a proteção do cidadão contra os abusos cometidos por aqueles que se apropriam do poder no exercício de uma função política ou administrativa não é equivocada, pelo contrário, o controle externo é fundamental neste sentido. Ocorre que os controladores gradativamente foram perdendo a reverência para com as autoridades políticas, o que foi positivo, porém, aos poucos se perdeu também o respeito para com elas, o que é um fato negativo (SANTOS, 2020).

Conforme apresenta o autor, as instituições controladoras não devem temer, reverenciar, bajular ou idolatrar a autoridade controlada, ainda que detentor de cargo efetivo que conquistou

por aprovação em concurso público, ou detentor de cargo eletivo que acessou por voto popular. Ao mesmo tempo, os órgãos controladores devem manter o respeito para com as autoridades controladas, tanto em razão dos aspectos jurídicos do indivíduo, quanto em razão do respeito com relação as estruturas do poder público exercido. Abandonar a idolatraria é reflexo de amadurecimento político, abandonar o respeito para com as pessoas e instituições é reflexo de um empobrecimento moral.

Tem disso evidenciado que a partir da instauração desse processo de controle das ações da administração pública, respaldado pela legislação brasileira, as instâncias controladoras receberam um amplo apoio popular e midiático, causando a impressão de que agora os controladores gozavam de um certo nível de representatividade popular, que inclusive os coloca acima da representatividade conferida aos políticos tradicionais pelo sufrágio universal. As entidades de controle passam a exercer não só o controle de legalidade, mas também verificar se os atos controlados encontram-se em harmonia com os princípios da administração pública, realizando controle sobre aspectos de interpretação, ou seja, aspectos subjetivos, e, neste viés, passam a administrar sem serem os administradores, e, além disso, não são responsabilizados por acertos ou equívocos de suas decisões (SANTOS, 2020).

Quando o controlador passa a adentrar nas searas interpretativas dos atos administrativos, tolhe do administrador público a possibilidade de administrar conforme suas próprias percepções e convicções. As interpretações do administrador público e da entidade controladora podem ser divergentes, e neste cenário, prevalecerá a interpretação do controlador, que não é o administrador e nem mesmo pode ser responsabilizado por atos administrativos.

O direito não é uma ciência exata. Há muitas incertezas e divergências entre intérpretes, doutrinadores, juízes e tribunais, entretanto, a divergência entre o gestor e o órgão controlador gera efeitos punitivos para aquele. O medo de errar e ser responsabilizado acarreta uma certa letargia para muitos gestores, que “[...] morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar” (SUNDFELD, 2016 p. 02).

Neste sentido, Rodrigo Valgas dos Santos define que

Por Direito Administrativo do Medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público. (SANTOS, 2020, n.p.)

O controle administrativo, segundo Campana, da forma em que se encontra organizado, inibe a liberdade e a eficiência da atuação administrativa, mas não consegue inibir a corrupção.

A tomada de decisões administrativas, mesmo aquelas mais simples e rotineiras, resulta em riscos e, para se proteger, o administrador público restringe sua atuação (CAMPANA, 2017).

O administrador público que atua com base nos estritos limites da legalidade, muitas vezes, nos casos de dúvidas, divergências, controvérsias, opta por não decidir, apequenando-se diante de situações que talvez necessitassem de decisões inovadoras e ousadas.

Conforme Campana

Limitados pela intensidade do controle sobre sua atuação, os gestores públicos, quando desafiados pela realidade social a apresentarem soluções criativas, “fora da caixa”, preferem não se arriscar e acabam optando pela manutenção do *status quo*. Tomar decisões mais ousadas nesse cenário mostra-se arriscado, já que pode sujeitar o gestor a se tornar réu de uma ação de improbidade ou de um processo criminal. (CAMPANA, 2017, P. 208)

Fernando Vernalha Guimarães destaca que instalou-se uma crise da ineficiência pelo controle, em um cenário no qual os gestores não apenas buscam a melhor solução para satisfação do interesse administrativo, mas também buscam a solução que menos lhe comprometa, pois a tomada de decisões diferentes do habitual podem lhe implicar em responsabilizações (GUIMARÃES 2016).

O paradigma preponderante na administração pública é a cultura do medo, do receio da punição. O gestor não vai aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas sim aplicar a interpretação literal e as ordens emanadas, independentemente da eficiência e do bem comum, trata-se, portanto, de uma atuação subserviente, acovardada e medrosa (BATISTA JR E SANTOS, 2014).

O administrador não vai se expor ou se arriscar em nome da eficácia e da satisfação do interesse público se este procedimento lhe trazer a mera possibilidade de responsabilização penal, civil ou administrativa.

Conforme destaca Campana

Essa atmosfera de medo e insegurança quanto ao descumprimento dos mandamentos legais acaba fazendo com que o agente público responda sempre negativamente às demandas atípicas que não se encaixem hermeticamente ao conteúdo da norma. Em vez de procurar a melhor solução, o agente público, com receio de punição, esconde-se atrás da norma e atua como mero executor/reprodutor da descrição literal dos atos normativos: qualquer situação não prevista nos atos normativos não receberá a guarida da atuação administrativa estatal. Muitos dos problemas da ineficiência estatal, portanto, não decorrem de incompetência ou de má vontade dos gestores públicos, mas de mero temor do controle punitivo estatal. (CAMPANA, 2017, p. 209)

O mundo jurídico necessita multiplicar incentivos para a ação, sem a criação de riscos e medos para quem age. O medo incentiva a acomodação e a paralisia. Se o desafio que se coloca para a administração pública é ser eficiente, atendendo o princípio previsto no Artigo 37

da Constituição da República Federativa do Brasil, há que se repensar a forma pela qual os mecanismos de controle operam atualmente.

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO E OS REFLEXOS SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A concretização de todas as políticas públicas depende, necessariamente, da atuação da administração pública, que se exterioriza por meio de atos administrativos. Os atos administrativos, são passíveis de controle, e do controle pode decorrer o medo administrativo já apresentado, cujas consequências podem ser a inércia, o indeferimento, a pouca ou nenhuma inovação. Neste sentido, com o quadro apresentado pode-se influir que o medo administrativo gera, ou ao menos tem possibilidades reais, de gerar seus efeitos disfuncionais sobre a concretização efetiva de políticas públicas.

O âmbito da atuação das instituições de controle é cada vez maior, quer seja pela ampliação do rol de responsabilidades dos administradores públicos, ou mesmo pelo aumento das tarefas e políticas públicas a serem implementadas, as quais aumentam exponencialmente a exposição do administrador ao risco e, com isso faz com que estejam cada vez mais sujeitos ao controle e a responsabilização (SANTOS, 2020).

As políticas públicas possuem natureza jurídica e, neste sentido, acabam ganhado frequente judicialização. Entender que as políticas públicas estão no rol dos atos de grandes objetos de verificação dos órgãos controladores é inegável na atualidade (SANTOS, 2020).

A implementação de políticas públicas é, por vezes tarefa mais complexa do que simplesmente aplicar literalmente a lei. Por inúmeras vezes tratam-se de ações engendradas junto a vários órgãos, instituições, organizações, conselhos, entre outros. Para a efetiva implementação, não raras vezes faz-se necessária a inovação, a ideia criativa, a interpretação diferenciada, enfim, a adoção de um caminho alternativo. Porém, inovar pode ser arriscado aos administradores públicos.

A situação é especialmente grave porque o medo não apenas inibe uma atuação mais criativa e propositiva dos Administradores, mas mesmo no curial cumprimento das normas jurídicas os administradores sequer podem aplicar o Direito como lhes parece adequado. Primeiro, pensam em como os órgãos de controle agirão em caso de fiscalização, o que leva a se absterem em decidir, decidirem de modo lento, ou decidirem de modo a antever as expectativas dos órgãos de controle, postergando ao máximo a decisão com consulta a órgãos consultivos ou aos próprios órgãos de controle. (SANTOS, 2020, n.p.)

Não se quer aqui fazer nenhum tipo de apologia ao descumprimento da lei ou inobservância das orientações e jurisprudências, mas sim demonstrar que a inovação e a criatividade, tão necessárias e aclamadas para quaisquer administradores privados, pode ser a derrocada para o administrador público.

A atuação dos controladores sobre os atos administrativos é de suma relevância, entretanto, deve ser utilizada com moderação, sob pena de se tornar uma barreira para a execução dos serviços públicos, bem como um obstáculo para a efetiva realização das políticas públicas (SOUZA, 2021).

O administrador público possui a incumbência de implementar as políticas públicas, e quando todos os elementos são presentes e suficientes, trata-se de condição normal, porém, quando carentes as estruturas e condições fundamentais, e se faz necessária a criatividade e inovação, quiçá pareça mais adequado ao administrador um não fazer do que assumir riscos. Outra consequência do medo são as respostas disfuncionais, como indeferimentos imotivados ou a transferência da responsabilidade para terceiros (SANTOS, 2020).

Neste viés, os formalismos dos atos, cuja inobservância não constitua corrupção ou intenção deliberada de provocar danos ao erário, não deveriam apresentar-se como meios capazes de impor restrições ao sistema, sob pena de prejudicar ou inviabilizar políticas públicas. O excesso de preservação da legalidade e do formalismo pode implicar em redução da eficácia, causando prejuízos para a implementação de políticas públicas (CAMPANA, 2017).

Verifica-se que, para o autor supracitado, a responsabilização dos administradores públicos deve decorrer do dolo, ou seja, da vontade de incorrer em ato improbo. A Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA) trazia inicialmente a previsão de responsabilização de agentes públicos por atos dolosos ou culposos, porém, em outubro de 2021 foi publicada a Lei nº 14.230/2021, que alterou alguns dispositivos da LIA ajustando o sistema de responsabilização de modo que, perante a referida lei, somente são considerados atos de improbidade as condutas dolosas. O artigo 1º da referida lei aduz:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (BRASIL, 2021)

O afastamento da improbidade na modalidade culposa é uma medida acertada, considerando que não resulta em complacência com as condutas culposas que causam danos ao patrimônio público, que ainda poderão ser apuradas no âmbito civil, administrativo e penal, com base em outros dispositivos legais (JUSTEN FILHO, 2021).

Outro fato a ser considerado é que a administração pública possui a incumbência de cumprir as determinações legais, mas nem sempre os administradores possuem as estruturas necessárias para tal intento. Aos olhos da instituição de controle legalmente definida, o ideário é o cumprimento da lei ou da sentença, ignorando a realidade dos administradores.

São deficiências estruturais que estão levando à responsabilização pessoal dos administradores públicos, exigindo-se deles os fins, muito embora não lhes estejam fornecendo os meios necessários, como se a consecução das políticas públicas pudesse ser alcançada no éter. Essas dificuldades não são levadas em consideração pelos órgãos de controle. (SANTOS, 2021, p. 55).

Cabe reiterar que o objetivo desse estudo não é labutar contrariamente aos órgãos de controle, pois sabe-se que sua existência é fundamental, porém, sua atuação deve ser suficiente para impedir ou sancionar ilicitudes, sem causar engessamento das estruturas em razão do medo.

É fundamental que a fiscalização dos atos da Administração Pública não represente nenhum tipo de obstáculo ou impedimento para a implementação das políticas públicas, pois estará afetando a concretização de direitos e a busca pela eficiência (CAMPANA, 2017).

A atuação da administração pública é fundamental, e não pode parar, sobretudo para fins de atender aqueles que mais necessitam acessar os serviços públicos. As políticas públicas clamam por ação, por inovação. O administrador público necessita poder gerir com capacidade de inovar, de reinventar, de experimentar e buscar soluções alternativas para o enfrentamento dos problemas que se apresentam, sem que isso lhe traga implicações punitivas. Salvo, obviamente, se o fizer com intuito de cometer ilícitos e descumprir a lei de forma deliberada.

O administrador público não pode apenas aguardar sua aposentadoria chegar, é preciso que ele trabalhe, seja criativo e solícito. O administrador deveria temer muito mais ser responsabilizado por deixar de fazer, pela inércia. A sociedade não pode aceitar que os administradores adiram de forma tão natural algumas ideias difundidas nos corredores das repartições do tipo “vamos fazer o básico”, ou ainda “não inventa para não arrumar dor de cabeça”, ou, em uma expressão ainda mais popular “não procure chifre em cabeça de cavalo”.

Os riscos da administração pública associada ao medo, inibem a criatividade e conduzem o administrador a não assumir nenhum risco, nem mesmo o risco do erro não proposital, ou, na expressão destacada por Marcos Juruena: *dorme tranquilo quem indefere* (SANTOS, 2020). O problema é que, em se tratando de políticas públicas, quem indefere por medo, talvez esteja indeferindo direitos.

Destacam-se ainda as tensões entre política e burocracia. Nesta perspectiva, de um lado teríamos o exercício da função política, por meio dos administradores eleitos pelo povo para implementação de planos de governo, propostas e definição de políticas públicas. De outro lado estaria a burocracia, exteriorizada nos agentes públicos, ou quais não possuem legitimidade política, posto que não foram eleitos, entretanto gozam de legitimidade técnica, na medida que prestam concurso público para o ingresso nas respectivas funções (SANTOS, 2020).

Esta contradição entre a política e a burocracia é um fenômeno intrigante na compreensão da disfuncionalidade da administração pública. Ainda que se idealize uma burocracia neutra, é inegável que as burocracias possuem suas agendas prioritárias, que normalmente se sobrepõe as políticas públicas.

A administração pública, na dúvida entre alocar verbas públicas para pagamento dos seus vencimentos ou subsídios, ou então destinar verbas para atendimento de políticas públicas de assistência social, adota-se a primeira, pois a burocracia do controle já está estruturada neste sentido (SANTOS, 2020).

Não se trata de elencar qual demanda da administração é mais relevante, até mesmo porque todas o são, o que se pretende é demonstrar que a própria burocracia traz em si aspectos preferenciais.

Assim, os reflexos do medo sobre as políticas públicas resultam em:

i) a excessiva protocolização e impessoalização da Administração Pública; ii) o não enfrentamento de temas relevantes que ficam permanentemente postergados para outras administrações, quer por impopularidade, quer pelo risco da atividade; iii) o crescimento do imobilismo decisório como forma de autoblindagem na política, na Administração Pública e nos órgãos de controle externo; iv) a substituição decisória externa do administrador pelo magistrado; v) a blindagem patrimonial antes mesmo de se assumir o exercício de função pública vi) o incremento de uma cultura organizacional da mediocridade tem efeitos negativos devastadores, pois o fundamental não é bem administrar, mas bem proteger-se, pouco importando se o interesse público está sendo efetivamente atendido (SANTOS, 2020 n.p).

Nos itens listados acima verifica-se que o medo pode gerar um efeito letárgico, quando não imobilizador da atuação da administração pública.

A pandemia da Covid 19 é um dos problemas enfrentados na atualidade, no qual se evidenciam consequências do medo administrativo refletido sobre a atuação dos

administradores públicos. A pandemia demandou ao Estado um rápido aparelhamento em um sistema de saúde por vezes deficitário, a fim de fornecer cuidados médicos. Considerando se tratar de um momento atípico, resultado uma verdadeira crise, a administração necessita adotar posturas inovadoras, urgentes e criativas. O formalismo e o controle são barreiras limitadoras da urgência e inovação (OLIVEIRA E HALPERN, 2020).

Houve hesitação por parte dos administradores públicos no que concerne a necessidade da adoção de posturas decisórias como determinar, ou não, a suspensão de atividades como o comércio ou as aulas, determinar ou não o distanciamento social e o uso de máscaras. De fato, são decisões complexas, e não se pretende adentrar no mérito delas, mas apenas evidenciar que os administradores enfrentaram o medo em todas as suas modalidades.

Outro momento em que o medo ficou evidenciado foi durante as discussões acerca da liberação de vacinas para a Covid 19, a preocupação (não infundada) acerca dos efeitos e consequências das vacinas, cuja aprovação se mostrava urgente, porém, para atingir um grau maior de confiança necessitava-se mais tempo de testes. Neste momento os administradores enfrentaram o medo, quiçá este medo tenha contribuído para um início tardio na vacinação.

A questão da saúde é trazida aqui apenas como um exemplo, o objetivo não é tratar de situações específicas, mas sim apresentar, sobre uma visão genérica, a complexidade da questão do medo administrativo no bojo das políticas públicas, a fim de que os elementos aqui tratados possam ser verificados nos casos concretos vivenciados pelo cidadão, quer seja administrador público ou não.

CONCLUSÃO

A administração pública está em constante processo de transformação em seus modelos de administrar, partindo do modelo do patrimonialismo, passando pelo modelo burocrático e chegando ao modelo gerencial e visando atingir o modelo de governança. No decorrer dos tempos, as atribuições da administração pública foram sendo ampliadas, e as atividades tornaram-se cada vez mais complexas. Neste cenário foram sendo criadas estruturas para fins de realizar o controle sobre os atos dos administradores da coisa pública.

A atuação dos mecanismos de controle pode implicar na responsabilização dos administradores. Neste cenário, surge no administradores o receio de proceder com uma atuação, ainda que não ilícita, que possa resultar em algum nível de responsabilização, penal, civil ou administrativa. Os efeitos ou consequências deste medo causam uma disfunção, ou seja,

o administrador, por temer a responsabilização, deixa de atuar, ou atua ancorado em formalismos e burocracias. Passa a exercer uma gestão apequenada, acovardada, sem criatividade, sem inovação, cada vez mais distante daquilo que o cidadão necessita para satisfação de seus direitos.

Os direitos do cidadão, principalmente os direitos sociais, estão intimamente ligados com a ideia de uma atuação estatal, exteriorizada por meio de políticas públicas. A concretização de políticas públicas depende de atos administrativos, dos governos nas três esferas do Estado brasileiro, os quais devem sempre estar sujeitos à algum tipo de controle, quer seja interno ou externo. Ainda que as estruturas de controle sejam abundantes, tanto no que se refere a existência de normas jurídicas, quanto de órgãos e sistemas, verifica-se que não foram suficientemente competentes para evitar a corrupção, ainda muito presente no país, gerando a falsa impressão de que necessita-se de mais controle.

O excesso de controle, além de não solucionar problemas de corrupção, desencadearam o fenômeno do medo no âmbito da administração pública. O administrador atua com medo perante terceiros, ou seja, o temor de ser responsabilizado em razão de que efeitos derivados de suas decisões podem atingir terceiros. Por vezes, atua com medo eleitoral, no qual teme que suas decisões desagradem seus eleitores, atuando de forma populista. Há ainda o medo de que consequências do ato lhe atinjam de forma direta, como o receio de sofrer violência por parte da pessoa que suportará os efeitos do ato, ou ainda, de ser responsabilizado civil, penal e/ou administrativamente pelo ato.

Neste contexto, os administradores públicos estão atuando de forma auto protetiva, evitando qualquer tipo de risco advindo da gestão. Alguns exemplos de consequências decorrentes do medo são os excessos de burocracia, solicitações de pareceres e postergações infundadas, indeferimentos, letargia, ausência de decisões, enfim, uma gama de procedimentos que em nada contribuem para a eficiência do serviço público.

Outra postura ancorada no medo é uma pseudo justificativa de que determinadas práticas não foram implementadas pela administração em razão das normas ou dos órgãos de controle. O administrador utiliza-se do controle, de maneira artificiosa, para justificar sua incompetência ou seu desinteresse político.

Há que se ter em mente que a gestão da coisa pública não é tarefa de menor complexidade, não se trata apenas de aplicar a norma, mas sim de interpretá-la, considerar os princípios que a norteiam, realizar análise de mérito, gerir os recursos disponíveis, ou seja, há sempre uma margem de subjetividade. Entretanto, quando a interpretação do administrador difere da interpretação do controlador, ou até mesmo nos casos em que o administrador comete

equivocos, restará a ele ser responsabilizado, ou seja, responderá judicial e administrativamente pelos seus atos, ainda que decorram de divergências interpretativas ou de erros indesejados.

O risco da responsabilização leva muitos administradores públicos a adotarem posturas defensivas, fazendo uma administração amedrontada, não condizente com as necessidades e dinâmicas sociais. A implementação de políticas públicas requer um administrador inovador, criativo, que busque alternativas capazes de suprir as carências comuns de pessoal, recurso e tempo, entretanto, posturas inovadoras e alternativas podem implicar em responsabilizações, e nem sempre os administradores estão dispostos a correr o risco.

Se a pretensão é possibilitar que a administração atue com eficiência, e que tenha capacidade de concretizar as políticas públicas, faz-se necessário repensar os mecanismos de controle, ou ao menos considerar os efeitos que estes mecanismos causam. Não se trata de acabar com as instituições de controle, nem de desestruturá-los, não se nega a pertinência e a necessidade de controle, mas é necessário repensar a forma que atuam.

Algumas práticas usuais da mídia e dos órgãos controladores já começam a apresentar um lado sombrio. Talvez a predileção pela punição, os efeitos midiáticos, a presunção e o senso comum de que os administradores são corruptos, a cruzada dos órgãos de controle contra os administradores, causem mais efeitos adversos do que se imagina, pois aquilo que diretamente atinge a administração, indiretamente atinge toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25 Ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

BARBOSA, Caio Cesar da Silva. **O Clientelismo e a História dos Conceitos: Representações no Fisiologismo da Nova República**. Repositório Institucional da Universidade Estadual de São Paulo (Unesp). Disponível em <http://hdl.handle.net/11449/202166>. Acesso em 11 jul 2022

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A administração pública consensual na modernidade líquida**. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/noticias/a-administracao-publica-consensual-na-modernidade-liquida/> Acesso em 28 ago 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. Editora 34: São Paulo. 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coord. trad. João Ferreira. Editora Universidade de Brasília, 11ª ed. Brasília, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma da Administração Pública**. 1996
Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documento/88>. Acesso em 04 out 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 23 jun 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Glossário de Termos Orçamentários**. 2021. Disponível em https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/principio_da_economicidade#:~:text=Princ%C3%ADpio%20que%20objetiva%20a%20minimiza%C3%A7%C3%A3o,financeiros%20colocados%20%C3%A0%20suas%20disposi%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 02 fev 2022.

BRASIL. **Guia da Política de Governança Pública**. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica> Acesso em 04 out 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 18 ago 2022.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **A cultura do medo na administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle**. Disponível em <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107/pdf> Acesso em 06 jun 2021.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo. Atlas, 2015.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa "**medo**", Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/medo>. Acesso em 05 out 2021

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. – Rio de Janeiro. Forense 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 06 jun 2021.

HALPERN, Erick; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 18, n. 71, out./dez. 2020. **O Mito do “Quanto Mais Controle, Melhor” na Administração Pública.** Disponível em
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2021_Periodicos/IJC13_12.pdf Acesso em 06 out 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa:** comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2022.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **O Medo e o Ato Administrativo.** Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em 03 out 2021

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 21 ed. Editora Fórum, São Paulo, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR Pedro de Menezes. **A administração Pública do Medo.** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017> Acesso em 01 jun 2021

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura.** Sociologia, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo**. 2016. Disponível em:
<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-quega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf> Acesso em 05 jun 2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index**. Disponível em:
<https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl> Acesso em 15 jun 2021

WEBER, Max. **Economia e Sociedade. Vol. 1**. Brasília/DF: UnB. 2000.

ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA: UM ESTUDO ACERCA DA APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

REVERSE PARENTAL ALIENATION: A STUDY ABOUT THE APPLICABILITY OF THE CIVIL LIABILITY INSTITUTE

Lis Cunha Lamarão¹
Vitória Coutinho Brunini²
Karen Richardson Rocha³

Resumo: a alienação parental de idosos, também chamada de alienação inversa, trata-se uma prática que embora seja de expressiva nocividade ao longo e se revele cada vez mais recorrente nos núcleos familiares e no judiciário brasileiro, não dispõe de normatização específica no ordenamento jurídico pátrio. O objetivo do presente estudo é analisar a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil à figura do alienador frente aos casos de alienação, bem como a possibilidade de reparação extensiva a terceiros além do alienado. A hipótese é que a partir da prática de condutas previstas na Lei de Alienação Parental, Lei 12.318/10, em uma aplicação analógica, e a constatação dos elementos configuradores da obrigação de reparar, surge nítida a devida responsabilização. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo por meio de revisão bibliográfica a partir de análises gerais aliadas a um questionamento específico para assim alcançar um posicionamento conclusivo. Por fim, a hipótese foi confirmada, restando clarividente a possibilidade de responsabilização do alienador em contextos de alienação parental inversa e também a reparação para além do alienado.

Palavras-chave: alienação parental inversa; extensão; idoso; responsabilidade civil; terceiro.

Abstract: parental alienation of the elderly, also called reverse alienation, is a practice that, although significantly harmful to the long-lived and is increasingly recurrent in different family centers and in the Brazilian judiciary, does not have specific norms in the Brazilian legal system. The aim of this study is to analyze the applicability of the civil liability institute to the figure of the alienator in the case of alienation, as well as the possibility of extensive reparation to third parties in addition to the alienated. The hypothesis is that from the practice of conducts provided for in the Parental Alienation Law, Law 12.318/10, in an analogical application, and the verification of the elements that configure the obligation to repair, the due liability is clear. For this purpose, the deductive method was used through literature review from general analyzes combined with a specific questioning in order to reach a conclusive position. Finally, the hypothesis was confirmed, leaving clear the possibility of holding the alienator responsible in contexts of reverse parental alienation and also the reparation beyond the alienated.

Keywords: civil liability; elderly; extension; reverse parental alienation; third person.

¹ Advogada. Aluna do curso de Pós-graduação em Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. lisclamarao@gmail.com

² Advogada. Aluna do curso de Pós-graduação em Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. vitoriabrunini0@gmail.com

³ Professora Orientadora, Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará.

Sumário: Introdução. 1. Panorama dos idosos na atualidade. 2. Alienação parental e alienação parental de idosos. 3. Impactos na alienação parental de idosos. 4. Ausência de lei específica. 5. Responsabilidade civil frente os casos de alienação inversa: há obrigação de reparação civil para sujeitos além do alienado?. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Em consonância com as transformações sociais ocorridas ao longo do tempo, é perceptível que o panorama das relações familiares vem se modificando. Com esteio na máxima de que a família é base da formação do indivíduo, tem-se que possíveis abusos no exercício do poder familiar e consequentes violações de direitos personalíssimos são capazes de provocar sérias consequências na construção do sujeito, neste ponto, há o que se falar da prática de Alienação Parental que se faz presente em diversas realidades de crianças e adolescentes.

Com base nesse contexto, surge a necessidade de um debate análogo a Alienação Parental Idosos, também denominada de Alienação Parental Inversa, a ser explanada adiante. Contudo, é necessário elencar que na legislação brasileira não há disposição legal específica que oriente e discipline a problemática, fato que suscita um debate crítico e necessário a essa realidade cada vez mais presente no judiciário brasileiro.

Em razão dessa realidade, a presente pesquisa possui como questionamento: *Há obrigação de reparação civil para sujeitos além do alienado?*

Para isso, há avaliação acerca da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aos casos de alienação parental de idosos, bem como a análise quanto à extensão da reparação para sujeitos além do alienado, quais sejam os demais conviventes também vítimas das consequências negativas da conduta de autoria do alienador.

À vista disso, objetiva-se fomentar a discussão acerca de problemáticas que circundam o tema, assim como debater acerca da lacuna legislativa existente e a interpretação analógica quanto ao conteúdo normativo da Lei 12.318/10 no contexto dos casos de alienação parental inversa.

Para tanto, inicialmente será analisado o panorama dos idosos Brasil, em seguida serão mencionados institutos norteadores da temática em estudo, quais sejam, alienação parental e alienação parental de idoso, a par disso segue-se a análise dos impactos que espraiam da prática de alienação inversa e a lacuna legislativa que permeia o tema.

Por fim, há a reflexão acerca do questionamento que orienta o estudo, no caso, a aplicabilidade da responsabilidade civil a tais casos concomitante à possibilidade de extensão da reparação, em atenção específica aos elementos constituidores da obrigação de reparar.

Tem-se que o elemento central para sustentar o presente estudo se baseia na relevância e contemporaneidade da matéria não regulamentada em lei específica, fato que ilustra um cenário de omissão. Nesse viés, a alienação parental de idosos atrai atenção por ser uma prática cada vez mais recorrente no cenário atual, com relevância social demonstrada nas diversas consequências nocivas às vítimas - qual seja o idoso ou qualquer outro familiar que teve sua imagem maculada -, alcançando o âmbito social, jurídico e econômico dos envolvidos.

A pesquisa desenvolvida possui caráter teórico e desenvolver-se-á por meio de revisão bibliográfica, que compreende a utilização de livros, artigos, pesquisas nacionais e estrangeiras, além de consulta à legislação e jurisprudências relevantes ao assunto⁴. Ademais, a revisão bibliográfica trará alicerce teórico-filosófico o qual servirá de subsídio para responder a problemática elencada, bem como contribuirá para um resultado autêntico e um amplo debate acerca do tema.

1. PANORAMA DOS IDOSOS NA ATUALIDADE

É certo que a noção de tempo e sua categorização em fases é uma construção humana para que o indivíduo possa se situar em uma organização social, de acordo com seus ritmos e relações específicas. Contudo, ao que se costuma denominar infância, adolescência, maturidade ou velhice é, em verdade, a mera elaboração cronológica e simbólica de um processo biológico tecida pelos elementos históricos e culturais de determinado povo ou comunidade. Nesse sentido, a forma como esses períodos são interpretados pela sociedade, a posição que nela ocupam, o tratamento que lhes é dispensado pelas demais gerações são definidos pelos contextos históricos, sociais, econômicos em que vive cada cultura.⁵

Nessa esteira, é indubitável que ao longo dos anos a expectativa de vida das pessoas no Brasil demonstra uma curva ascendente, representando uma população mundial cada vez mais longeva e, por conseguinte, um número de idosos inserido nas relações sociais em constante crescimento.

⁴ ARAÚJO; GOUVEIA, 2019.

⁵ (DEBERT, 1994 *apud* MAFFIOLETTI, 2005

Corroborar com o exposto os resultados gráficos de pesquisas elaboradas pela ONU - Organização das Nações Unidas - nos quais, em análise comparada acerca das décadas de 1990 (gráfico 01) e 2020 (gráfico 02) é possível verificar o aumento da expectativa média de vida da população da América do Sul, bem como o quantitativo da população idosa. Desse modo, provocando mudanças estruturais na pirâmide etária que evidenciam uma transição demográfica.

Gráfico 01 - População em 1990⁶

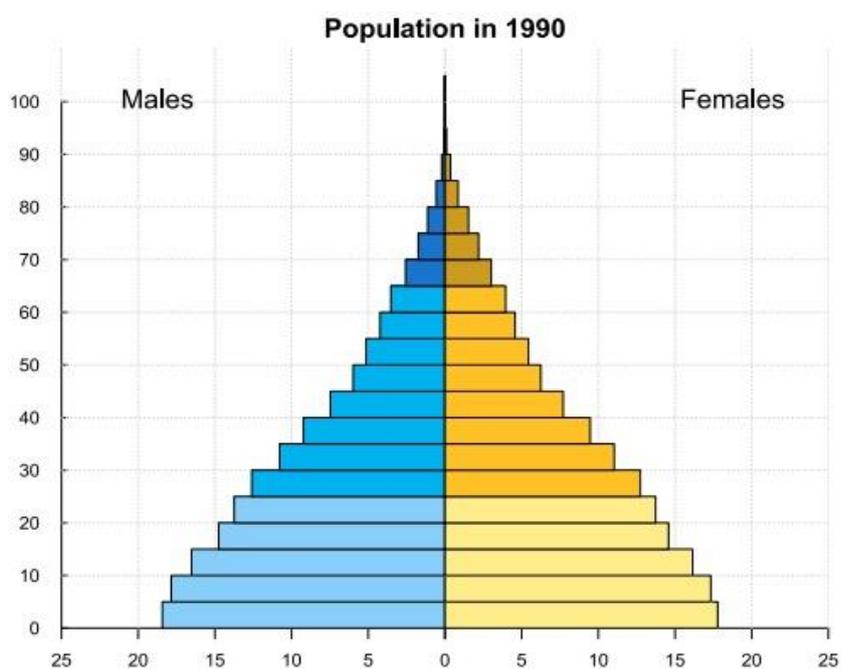
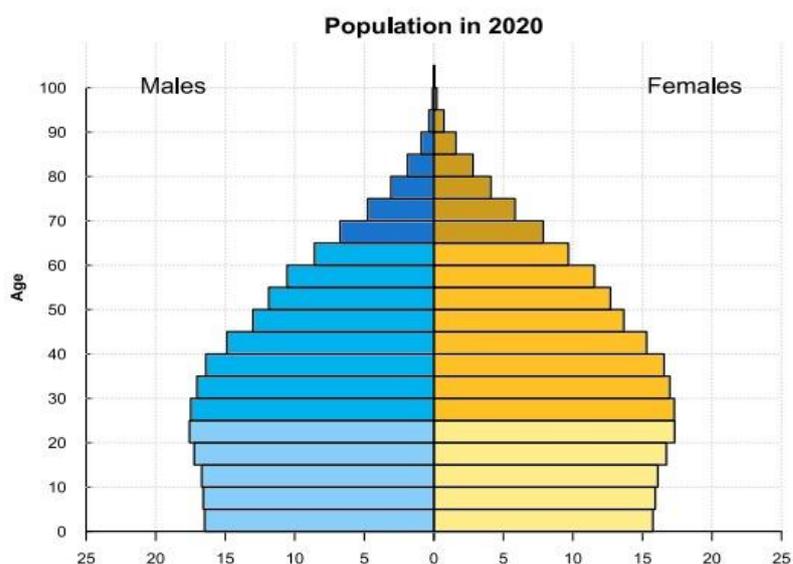


Gráfico 02 - População em 2020⁷



⁶ (UNITED NATIONS, 2019, *online*)

⁷ (UNITED NATIONS, 2019, *online*)

Embora o quantitativo de pessoas idosas esteja em constante crescimento, a forma como a sociedade lida com essa população - em especial nas sociedades ocidentais - não acompanha o mesmo ritmo de evolução, fazendo com que, por vezes, esse público seja tratado com indiferença e negligência, sobretudo nas relações sociais e familiares, o que, não raro, acaba por gerar um portal de abertura à vulnerabilidade, posto que sensibiliza e fragiliza o idoso, criando assim meio favorável à ocorrência da alienação parental.

Diante desse cenário, frente um papel mais amplo e significativo desempenhado por parte dos idosos na sociedade, houve nítida necessidade de acrescer normas jurídicas e entendimentos jurisprudenciais voltados à tal realidade, bem como de assegurar, progressivamente, direitos e proteções para essa parcela populacional.

Após o Brasil se tornar signatário de tratados internacionais de Direitos Humanos, a tutela de direitos assegurados aos idosos perpassou por diversas mudanças em compasso com o ordenamento jurídico, sobretudo no que se refere à incorporação de princípios alicerçados à máxima da Dignidade da Pessoa Humana, tal qual o princípio da proteção integral à pessoa do idoso, o qual estabelece a preservação da saúde física e mental, em conjunto com a substancial efetivação de direitos fundamentais como um dever solidário atinente à família.

A partir disso, com fulcro nos desafios naturais trazidos pelo envelhecimento e suas diversas singularidades, um marco histórico para o ordenamento jurídico brasileiro foi criado especificamente para promover a integração, participação efetiva e autonomia nas relações sociais, qual seja, a Política Nacional do Idoso⁸, a qual surge como um dos primeiros amparos ao longo da legislação brasileira.

De mesmo modo, com intuito de salvaguardar direitos, fora editado o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003 sendo este primordial para compor um sistema de proteção e assistência contemporâneo que auxilie na mitigação das mais diversas formas de violações que atingem idosos. Nessa perspectiva, surge um microssistema jurídico de proteção da pessoa idosa, vez que regulamenta todas as questões que envolvem o longo, tanto no aspecto do direito material quanto no relevante ao direito processual.⁹

Inobstante a existência de um microssistema jurídico, normas basilares e específicas que oportunizam maior segurança e proteção ao idoso, ainda é pulsante na realidade brasileira práticas deletérias direcionadas ao longo, em específico, a alienação parental inversa, na qual centra-se o presente estudo.

⁸ 1994

⁹ FREITAS JUNIOR, 2015, *apud* BUENO; MARQUES, 2020.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL E ALIENAÇÃO PARENTAL DE IDOSOS

Neste ponto, é precípua versar inicialmente acerca do Poder Familiar, o qual caracteriza-se por ser um poder-função ou direito-dever intransferível, inalienável, irrenunciável e imprescritível, o qual configura o exercício da autoridade parental - não arbitrária - proveniente da responsabilidade, no que tange à proteção dos interesses do menor tanto na esfera patrimonial quanto na pessoal.¹⁰

Em consonância com o supramencionado, com alicerce na premissa de que a família é a base da formação do sujeito, tem-se que o abuso no exercício do poder familiar e a violação de direitos da personalidade podem provocar consequências desastrosas na construção do indivíduo. Nesse ínterim, a Alienação Parental se caracteriza por um "distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor"¹¹, o qual se perfaz, via de regra, em disputas de custódia.

Inicialmente, o termo Alienação Parental foi utilizado por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos da América em 1985, o qual a definiu como Síndrome da Alienação Parental - SAP, a partir de suas vivências enquanto perito judicial¹²

Tem-se que "Gardner denominou síndrome, pois buscava sua inclusão no rol do DSM-IV (manual de diagnóstico e estatísticas dos transtornos mentais), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, como forma de facilitar seu tratamento".¹³ Contudo, sobreleva notar que a denominação "síndrome" não é acolhida na legislação brasileira para designar a Alienação Parental, a justificativa para sob o argumento de que por não constar na Classificação Internacional de Doenças como tal, não há margem para adoção dessa como uma síndrome no Brasil.

Dentro deste cenário, temática relativamente nova no cotidiano jurídico e em crescente discussão nos Tribunais em razão de sua notoriedade e relevância social, a Alienação Parental ensejou a criação da Lei 12.318/10, a qual alterou artigos da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e dispôs sobre Alienação Parental conceituando-a em seu artigo 2º como:

¹⁰ MADALENO; MADALENO, 2018.

¹¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.1.086.

¹² MADALENO; MADALENO, 2018.

¹³ MADALENO; MADALENO, 2018, p. 42.

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.¹⁴

Ressalta-se que por meio dessa lei também fora possível elencar critérios para reconhecimento e consequente combate da Alienação Parental. Diante disso, tornou-se possível a responsabilização da figura do alienador a partir da prática definida como ilícita, qual seja, a alienação de qualquer parente.

Em vista disso, é imprescindível abordar a ocorrência da Alienação Parental de Idosos, também chamada de Alienação Parental Inversa. Prática esta que se caracteriza pela ruptura dos vínculos de convivência do idoso com familiares e amigos, praticada usualmente por parte da pessoa responsável (podendo ser um familiar, curador, cuidador), em maioria, com interesses patrimoniais.

Em concordância, Akiyama¹⁵ explana que:

Todos devem saber que o Estado tem por obrigação cuidar das crianças e adolescentes tanto quanto do idoso, os quais são considerados pela nossa Constituição Federal como sendo vulneráveis. Muitas vezes, é comentado que o idoso é o retorno à infância, ou seja, são pessoas fragilizadas em razão da idade, da mesma forma que são as crianças. Esta fragilidade é que deixa o idoso exposto à prática da alienação por parte de um de seus filhos, curador ou parentes próximos, de forma a afastar a convivência do idoso com os demais, em especial, filhos que são vítimas, que denominamos alienados. É assim que se entende a ALIENAÇÃO PARENTAL INVERSA, ou seja, inverte-se o papel, ao invés de um genitor macular o outro genitor e afastá-lo da convivência dos filhos, passam a atuar psicologicamente afastando o idoso da convivência com os demais parentes, passando a criar desconfiança daqueles que sempre foram confiáveis.

Tal práxis se concretiza a partir do aproveitamento da situação de vulnerabilidade enfrentada pelo idoso, em meio a qual são incutidas falsas memórias acerca de pessoas próximas, causando confusão e sentimentos negativos ilusórios no imaginário do idoso alienado.

Ademais, a Alienação Parental nesta configuração é de difícil comprovação, vez que no caso do idoso se parte da premissa de capacidade civil, diferentemente do que dispõe o art. 3º do Código Civil pátrio e a Lei 12.318/10, os quais presumem a condição de vulnerabilidade e incapacidade para crianças e adolescentes.

Destaca-se ainda que a vulnerabilidade sob o prisma do idoso - vítima de alienação - não se perfaz unicamente em uma relação direta com a idade avançada, mas é também

¹⁴ BRASIL, 2010, *online*.

¹⁵ 2019, [s.p] *apud* BUENO; MARQUES, 2020, p. 213.

influenciada de acordo com múltiplas variantes, como estados de saúde, psicossocial e econômico. Diante disso, a partir de uma perspectiva da área da saúde tem-se a fragilidade em idosos como um evento multidimensional e multideterminado, configurado pela vulnerabilidade as estressores biopsicossociais e ambientais.¹⁶

Somado a isso, corrobora para um cenário crítico o atual contexto pandêmico de Covid-19 que assola o mundo desde o final do ano de 2019, uma vez que a principal medida tida por eficiente para conter a desenfreada disseminação do vírus foi - e continua sendo - o distanciamento social, por vezes, o isolamento, sendo este último o aconselhado pelas autoridades sanitárias aos idosos, por figurarem entre os integrantes do chamado grupo de risco.

Diante dessa conjuntura, parcela significativa dos idosos, sobretudo aqueles que residem com um único familiar ou sob cuidados de terceiro especializado - cuidador de idosos - passaram a ter contato e convivência com um número cada vez mais restrito de pessoas, sejam estas parentes ou de círculos de convívio, fato que propiciou um cenário favorável a ocorrência da alienação parental, sendo desta vez o idoso o alienado e aquele que detém maior contato e influência sobre ele o ocupante da figura do alienador.

3. IMPACTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL DE IDOSOS

À luz das informações supramencionadas, é imprescindível ponderar acerca dos impactos multidimensionais que espraiam da alienação parental inversa, os quais geram efeitos, de forma simultânea, nas esferas psicossocial, patrimonial e jurídica.

É sabido que a fragilidade em uma parcela de idosos é fator que abala diretamente a saúde psicológica desses. Nessa esteira, nota-se a alienação como fator de extrema nocividade ao estado psicossocial daquele que é vítima (o longo vivo).

Assim, em decorrência da vulnerabilidade, se torna vítima desse tipo de conduta hostil e por não compreender o real interesse daquele que o aliena, vivencia as consequências prejudiciais de estar imerso em um cenário imaginário e ilusório de alienação. Posteriormente, na hipótese de se deparar com a real situação, se vê em uma circunstância melindrosa de abuso, em pleno lócus de vínculo afetivo, enfrentando assim uma série de questionamentos acerca da confiabilidade daqueles que estão à sua volta.

Não obstante os impactos nocivos e destruidores no campo socioemocional, há também a incidência de sérios reflexos que atingem a esfera patrimonial, eis que se evidencia a auferição

¹⁶ANDRADE *et al.* 2012.

de algum tipo de vantagem econômica é o principal *start* para a prática da alienação, haja vista que frente a situação de vulnerabilidade apresentada pelo idoso há o despertar do interesse por parte de um familiar, curador ou mesmo cuidador.

Importante destacar que a obtenção de vantagem econômica se compreende tanto por transações de valores em espécies, bem como por transferências ou doações de utilidades, como bens móveis ou imóveis. Diante desse cenário ilusório - como já abordado - vislumbra-se, por exemplo, a transmissão de valores, doação de imóveis ou até mesmo a alteração de instrumento de última vontade por parte do alienado em face do alienador, o qual, no ato, consagra a aferição de ganho patrimonial.

Ainda no tocante aos impactos que espraiam da prática de alienação inversa, há o que se falar quanto aos efeitos jurídicos. Neste ponto, é importante tecer comentários acerca das possíveis repercussões nos negócios jurídicos pactuados pelo idoso alienado, isto é, quando estes forem eivados de um vício de vontade, em razão de haver dolo na conduta do agente alienador que, intencionalmente, mantém a vítima em erro na prática de determinado ato jurídico, seja qual for este, como exemplo, uma venda ou doação.

Desse modo, por existirem máculas no plano da existência, torna-se possível a anulabilidade de tal negócio, vide art. 145 CC¹⁷. Outrossim, subsiste necessária atenção sobre os efeitos propagados no âmbito da sucessão, vez que eventuais alterações em favor do alienante nas disposições de última vontade são igualmente passíveis de anulabilidade por decorrer de uma corrompida vontade.

Tendo consciência dessa complexidade, sobreleva notar que a concretização da alienação inversa é desastrosa e pode vir a atingir não apenas a figura do alienado, como também todos aqueles que tiveram sua imagem desconstruída, corroborando para uma conjuntura de conturbação e desarmonia familiar.

Diante disso, é evidente a violação aos direitos de personalidade inerentes à pessoa humana, bem como do preceito constitucional de amparo às pessoas idosas, vide art. 230¹⁸, caput, da Constituição Federal de 1988 e das diretrizes do Estatuto do Idoso a partir da manipulação do idoso, do cerceamento de sua liberdade e sua utilização como meio de obtenção de vantagem econômica por parte do alienador .

¹⁷ Art. 145 do CC. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa (BRASIL, 2002).

¹⁸ Art. 230 CF - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988)

Em consonância, a Lei de Alienação Parental descreve a prática como transgressora de direito fundamental da criança e do adolescente, interpretação que se estende a figura do idoso¹⁹.

Ainda, oportuno se faz mencionar acerca da irreversibilidade dos impactos nocivos resultantes da prática de Alienação Parental de Idosos, posto que, seja por ocasião do falecimento deste ou por impossibilidade de retorno ao *status quo* em razão da senescência²⁰, por vezes não há o retorno ao estado de harmonia familiar.

4. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA

Dentro do exposto, não restam dúvidas acerca dos sérios gravames causados por danos oriundos da prática da alienação parental inversa, não raro, irreversíveis. Nessa perspectiva, prisma fundamental na discussão dessa temática é o de não haver no ordenamento jurídico pátrio específico texto positivado aplicável aos casos de idosos inseridos em contextos de Alienação Parental Inversa.

Convém salientar que apesar da existência de princípios do Direito Civil e da Constituição, que, de certo modo, orientam e norteiam os casos dessa estirpe, estes não são suficientes para disciplinar condutas de alienação inversa e mitigar sua ocorrência. Assim, restando clarividente a ausência de uma proteção normativa própria que defina parâmetros concretos de reconhecimento, enfrentamento e responsabilização da conduta em debate, bem como uma lacuna legal que vem sendo driblada na jurisprudência e por aplicação analógica da Lei 13.318/10.

Ao considerar os referidos aspectos, é importante tratar acerca do Projeto de Lei (PL) 9446/17, apresentado em 20/12/2017, de autoria da Deputada Federal Carmen Zanotto - PPS/SC, o qual tem por intuito disciplinar o instituto e trazer responsabilização a inúmeros casos jamais identificados pelo judiciário.

¹⁹ Art. 3º da Lei 12.318/10 - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (BRASIL, 2010)

²⁰ “A senescência abrange todas as alterações produzidas no organismo de um ser vivo – seja do reino animal ou vegetal – e que são diretamente relacionadas a sua evolução no tempo, sem nenhum mecanismo de doença reconhecido” (JACOB FILHO, Wilson, [s.d], *online*).

Cabe detalhar acerca das deliberações trazidas pelo PL 9446/17, o qual dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, para dispor sobre abandono afetivo do idoso por seus familiares e a Lei 12.318 (26 de agosto de 2010), que dispõe sobre Alienação Parental.

Com amparo no princípio da proteção integral de possíveis prejuízos afetivos psicológicos e sociais, bem como no dever assistência mútua previsto nos art. 229 e 230 da Constituição Federal²¹, a proposição legislativa se baseia no fato de não haver normas que prevejam a conjectura da alienação parental para com os idosos, apesar destes também figurarem como vítimas em razão de sua vulnerabilidade.²²

Nessa perspectiva, o PL 9446/17 elenca expressiva alteração no art. 10º da Lei n. 10.741/03²³ - Estatuto do Idoso - ao incluir como obrigação do Estado no que tange às garantias protecionistas de direitos individuais a responsabilização civil em atos caracterizados como alienação parental inversa e abandono afetivo.

Na mesma linha, importantes mudanças centram-se na Lei n. 12.318/10 - Lei de Alienação Parental - a qual seria expandida e passaria a vigorar de modo a abarcar nas definições, práticas caracterizadoras e trâmite processual da alienação parental as condutas que atentem ao idoso.

Concretiza tal afirmativa as modificações em artigos da Lei de Alienação Parental, os quais viriam a englobar a figura do longevo e aplicar-se na seguinte estruturação, vide art. 3 do PL 9446/17:

Art. 2 Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança, adolescente ou diminuição e **alteração de faculdades psíquicas do idoso**, promovida ou induzida por um dos genitores, avós, familiares de até terceiro grau ou pelos que tenham a criança, o adolescente ou o idoso sob a sua autoridade, **guarda, curatela ou vigilância** para que repudie genitor, filhos ou membros da família que **cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com estes.**

Parágrafo único.....

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, ou de membro da família **ou da conduta de filhos e familiares com relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade;**

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, familiares ou avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança, adolescente ou **idoso;**

²¹ Art. 229 CF. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988)

Art. 230 CF. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988).

²² BRASIL, 2017

²³ Art. 10 da Lei n. 10.741/03. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (BRASIL, 2003).

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós, **ou do idoso com familiares;**

VIII - **dificultar contato do idoso com filhos e familiares;**

Art. 3º A prática de ato de alienação parental **ferre direito fundamental** da criança, adolescente ou **do idoso** de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor, filhos e com o grupo familiar, **constitui abuso moral** contra a criança, adolescente **ou idoso** e **descumprimento dos deveres inerentes à** autoridade parental ao dever dos filhos **para com os pais na velhice, carência ou enfermidade ou decorrentes de tutela, curatela ou guarda.**

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança, adolescente, **ou do idoso**, inclusive para assegurar sua convivência com genitor, **filhos, familiares** ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso [...]²⁴

Para mais, dentre as modificações, atenciosa percepção se perfaz na configuração da alienação inversa como ato violador de direito fundamental e constituindo assim abuso moral, tal como a prática dirigida a crianças e adolescentes.

Embora verse sobre uma temática de suma importância à proteção da população idosa, tal proposta legislativa não recebeu andamento, sua última movimentação restou datada de 2018 e, desde então, aguarda apreciação do plenário da Câmara dos Deputados²⁵

Por todo exposto, diante da ausência de um texto próprio que normatize a prática da alienação parental inversa e defina parâmetros para sanção, instaura-se um cenário de insegurança jurídica, posto que as decisões judiciais dessa natureza se baseiam tão somente em aplicação análoga da Lei de Alienação Parental e de jurisprudência, fazendo com que, por vezes, casos similares recebam desfechos diversos.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE OS CASOS DE ALIENAÇÃO INVERSA: HÁ OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL PARA SUJEITOS ALÉM DO ALIENADO?

O instituto da responsabilidade civil está presente no meio social desde os primórdios do convívio em sociedade, intrínseco à noção de justiça, move a ideia de quem causa determinado dano ou prejuízo tem a obrigação de repará-lo. Com o passar do tempo e a evolução do pensamento jurídico, a concepção de responsabilização experimentou diversas mudanças e passou a permear diferentes ramos do direito.

²⁴ BRASIL, 2017, *online*, grifos nossos.

²⁵ Informações retiradas do portal oficial de comunicação online da Câmara dos Deputados na data de 20/04/2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174>>

Ainda no que diz respeito à noção de responsabilidade no âmbito do Direito Civil, importantes considerações são tecidas por Gonçalves²⁶ o qual elenca, a princípio, que:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Em consonância, Venosa²⁷ expõe que:

O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

No atinente à conceituação da Responsabilidade Civil propriamente dita, cumpre destacar a complexidade deste instituto, o qual possui vasta aplicabilidade na vida em sociedade, refletindo diretamente nos impactos das ações dos seres humanos em suas relações sociais e na iminente implicação aos direitos fundamentais. Com isso, urge a necessidade de versar sobre suas distintas percepções no âmbito jurídico

Em uma perspectiva mais estrita, Sérgio Cavalieri define responsabilidade civil como um dever jurídico sucessivo que resulta da violação de um dever jurídico originário, com fulcro na reparação exata da extensão do prejuízo, oportunizando à vítima do dano, o retorno ao *status quo*²⁸. Nessa lógica, a partir de um ato ilícito gerador de dano, nasce a inevitabilidade de concreta reparação.

Nesses termos, reputa-se o dano, seja este de cunho moral ou patrimonial, como fator gerador da incidência da responsabilização. Isto posto, tem-se que a concepção de responsabilidade está intrinsecamente ligada à de uma determinada obrigação, vez que existem deveres previamente estabelecidos, bem como padrões de condutas os quais devem ser observados por parte do sujeito na relação²⁹.

Noutra ótica, em uma interpretação contemporânea e elástica do conceito, há a responsabilidade civil como categoria que visa não tão somente reparar - total ou parcialmente - danos materiais ou compensar os danos de natureza extrapatrimonial de impossível quantificação exata, como também preveni-los³⁰. Assim, atuando tanto no sentido reparatório

²⁶ 2019, p.17.

²⁷ 2018, p. 437.

²⁸ Fala proferida pelo Prof. Doutor Alexandre Pereira Bonna no curso “Dano Moral no Brasil (Responsabilidade Civil)” oferecido em plataforma digital pela empresa CEJUR Norte Concursos. Acesso em: fev. 2021.

²⁹ BONNA, 2015.

³⁰ Fala proferida pelo Prof. Doutor Alexandre Pereira Bonna no curso “Dano Moral no Brasil (Responsabilidade Civil)” oferecido em plataforma digital pela empresa CEJUR Norte Concursos. Acesso em: fev. 2021.

e/ou compensatório de danos já concretizados como também na esfera preventiva, de modo a evitar que se efetivem.

Atrela-se ao estudo do tema em debate os princípios que regem o instituto e que são basilares à abordagem acerca da obrigação de indenizar, dentre eles a noção de dignidade da pessoa humana e mandamentos de solidariedade, prevenção e reparação integral do dano³¹, os quais simetricamente não deixam de ter conexão aos princípios violados em situação de alienação inversa, conforme outrora elencado.

Por esse ângulo, o referido instituto surge como um sustentáculo legal de compensação e mitigação das repercussões nocivas advindas da prática de alienação parental inversa, assim como atua para refrear que novos cenários de alienação se constituam.

Nessa perspectiva, é preciso considerar que a prática de alienação parental inversa é conduta que exige dolo por parte do agente que a pratica, no caso, o alienador. Dessa forma, amolda-se na teoria subjetiva da responsabilidade civil, a qual possui a ideia de dolo ou culpa indissociada do conceito do delito. Desta feita, há o dever de reparar quando configurado o dano, a atividade que o originou - ilícito civil -, o dolo e o nexo de causalidade que conecta os elementos.

Ainda no concernente aos pressupostos inerentes à responsabilidade civil subjetiva, é importante tecer comentários acerca do dano. Elemento categórico para a constatação de uma obrigação de reparar, é aquele que dispara o mecanismo ressarcitório, restando cristalino que não há responsabilização civil sem a presença deste - seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial³².

Em vista da configuração do dano, há a atividade que o provocou, isto é, o ilícito civil e nexo causal que os relaciona. Quanto a este último, tem-se que se trata do elemento que demanda maior cautela quanto a sua definição, vez que possui difícil determinação³³.

Por conseguinte, um possível sucesso na efetivação da tutela reparatória do dano traz consigo a essencialidade do item-chave, o nexo causal. Para elucidar de modo claro e edificante tal afirmativa, há a analogia havida entre o elemento supracitado e a figura mitológica da “esfinge” e o histórico “enigma da esfinge”, nesse viés, tem-se que:

O nexo causal é a “esfinge” da responsabilidade civil. Aqueles que não podem responder seu enigma, se bem que não sofrerão um destino bem típico dos contos e histórias mitológicas - sendo mortos e totalmente devorados por esses monstros vorazes -, infelizmente **serão excluídos da possibilidade de prosseguir na trajetória desta matéria para aquilo que propõe a complexidade de nossos tempos.**³⁴

³¹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018.

³² FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018.

³³ PEREIRA, 1991 *apud* FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018.

³⁴ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 405, grifo nosso.

Ademais, é de importante assimilação as funcionalidades compreendidas no nexo de causalidade, quais sejam: a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano, responsabilizando juridicamente as consequências advindas de um evento lesivo a quem os produziu. Já a segunda função é a de determinar quem repara o dano e quais os efeitos danosos serão reparados, por meio de tal recurso é possível inferir a extensão³⁵, a partir disso, no âmbito da alienação inversa, vislumbra-se o instituto da responsabilidade civil como mecanismo duplo de repressão e de prevenção à ocorrência de novas práticas.

Ainda, há a culpa enquanto elemento integrante da responsabilidade civil subjetiva, a qual, em sentido amplo, de acordo com Maria Helena Diniz³⁶, caracteriza-se por:

[...] violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Tendo consciência dessa complexidade, nota-se que subsiste no ordenamento jurídico pátrio a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos advém da culpa, isto é, da reprovabilidade ou censurabilidade de determinado comportamento. Destarte, esse será reprovado ou censurado quando se percebe que havia condições suficientes para agir de modo diverso e que poderia e/ou deveria evitar tal prática³⁷.

Desta feita, presentes os quatro requisitos elementares para caracterização e aplicabilidade do supracitado instituto, é lógico-dedutivo que haverá responsabilização do agente causador diante de um dano. Nesse raciocínio, a prática de determinado ilícito gera uma obrigação, portanto, não há distinção entre os indivíduos e suas características pessoais para que se façam sujeitos na relação jurídica, não há também diferenciação quanto às situações passíveis de responsabilização cível.

Aqui chega-se ao cerne do estudo ora desenvolvido, qual seja, a responsabilidade do agente alienador nos casos de alienação parental de idoso, bem como a possibilidade de extensão da reparação a terceiros prejudicados.

Frente a isso, torna-se nítida a identificação de cada um dos elementos constituintes da responsabilização civil em contextos de alienação inversa. De tal modo, há a configuração do

³⁵ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018.

³⁶ 2018, p. 58.

³⁷ DINIZ, 2018.

dano a partir da comprovação dos nocivos na interação social do idoso e de terceiros pertencentes ao círculo de convívio, bem como nos reflexos patrimoniais e jurídicos.

Outrossim, a conduta alienadora figura como ato ilícito imbuído de dolo, isto é, ação dirigida a concretização de um benefício próprio em prejuízo alheio. Concomitante a isso, há um liame subjetivo que relaciona a conduta do alienador com o mal enfrentado pelo longo e aqueles que os cercam.

Embora as condutas próprias da alienação parental de idoso ensejem, em maioria, dano de cunho extrapatrimonial, uma vez que notoriamente violem direitos de personalidade, é possível se vislumbrar a indenização por dano material a medida em que, eventualmente, a prática desencadeia prejuízos patrimoniais.

Assim sendo, tem-se que o *modus operandi* da práxis alienadora assume diferentes facetas, sendo a mácula ao direito de personalidade - a ensejar dano moral - o denominador comum entre elas, assim, é necessário observar que há diferentes motivações, dentre elas, o interesse em adquirir vantagem patrimonial e enriquecimento a partir da manipulação do longo.

À vista disso, é indubitável o direito à compensação pertencente ao idoso, bem como para sujeitos além do alienado, qual seja, aquele afastado do convívio. Para tal, faz-se precípua a intervenção do Estado e decorrente responsabilização do alienador, com intuito de reparar e, concomitantemente, mitigar e prevenir condutas de tal natureza. Nessa senda, para Maria Berenice Dias³⁸:

É necessário coibir que alguém próximo ao idoso, que exerce sobre ele algum tipo de influência, aproveite-se de sua fragilidade e passe a programá-lo para que venha a ignorar ou até mesmo odiar seus familiares. [...] A tendência é o próprio idoso acabar aderindo ao processo de desmoralização e descrédito dos familiares e rejeite qualquer tipo de contato. Impossível não reconhecer que se trata de alienação parental. Ainda que tais práticas sejam objeto de lei especial frente a crianças e adolescentes (Lei 12.318/10), flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o idoso tinha alguma afinidade ou afeição, cabe a aplicação das mesmas sanções. Possível, assim, buscar judicialmente o direito de convivência e, inclusive, a **penalização do alienador**. Para a fixação do direito de visitas não é necessária a prova da incapacidade do idoso ou o decreto de sua curatela. A comprovação de sua vulnerabilidade e do uso dessas práticas é o que basta.

Solidifica as anotações ostentadas acima o entendimento explicitado na decisão do juízo ad quem - Apelação n. 0006690-70.2012.8.24.0005 - proveniente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

³⁸2010 *apud* BUENO; MARQUES, 2020, grifo nosso.

Registra-se Ação de Indenização por Danos Morais entre irmãs, advindas de relação familiar dissidente, protagonizada por mútuas acusações entre as partes. O caso iniciou-se a partir da alegação da autora de que nos meses anteriores ao falecimento da genitora de ambas, a ora ré estaria impedindo o contato com a mãe em razão do favorecimento do valor da pensão que essa recebia, bem como omitido informações acerca do estado de saúde da idosa e seu óbito.

Em contraposição, a então ré realiza acusações de que a autora teria tentado afastar a genitora do convívio, a levando para outra cidade e, com isso, teria tentado adquirir vantagem econômica. Destaca-se que a genitora possuía sérias comorbidades - Alzheimer - as quais elevaram seu estado de vulnerabilidade, gerando uma situação hipersensível a ser apreciada pelo judiciário.

Nas palavras do Exmo. Sr. Des. Relator do caso Domingos Paludo, tendo em vista o estado de vulnerabilidade da idosa, bem como a patologia apresentada, o caso se assemelha com aquele da alienação parental, ao inverso³⁹. Além disso, discorreu que:

Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arrepio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares.

O ato de privar a irmã do contato com a genitora, *sponte sua*, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável.⁴⁰

Por conseguinte, ao compulsar os autos verificou-se que o juízo *ad quo* deferiu o pedido de indenização por danos morais a serem pagos em benefício da irmã prejudicada na relação familiar, à vista disso a então ré interpôs recurso de apelação atacando a decisão proferida sob a mesma alegação já feita em sede de contestação, cumulativamente ao afastamento da condenação por danos morais, entre outros.

Em decisão, a Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, ainda, reconhecer elementos análogos a alienação parental em sentido inverso, vide ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO FAMILIAR DISSIDENTE DAS PARTES, IRMÃS ENTRE SI, EM RELAÇÃO À GENITORA. ELEMENTOS ANÁLOGOS À ALIENAÇÃO PARENTAL EM RAZÃO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE E DOENÇA DA GENITORA. PONDERAÇÃO DOS DEVERES, DIREITOS E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES. UTILIZAÇÃO ARBITRÁRIA DE ABUSOS ANÁLOGOS A MEDIDAS RESTRITIVAS, SEM AMPARO EM DECISÃO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESSUPOSTOS

³⁹ BRASIL, 2016, *online*.

⁴⁰ BRASIL, 2016, *online*.

CONFIGURADOS. DANO MORAL RECONHECIDO. RECURSO DESPROVIDO.⁴¹

Em contexto, depreende-se do voto do Relator os argumentos conclusivos que corroboraram para o reconhecimento da situação de alienação inversa e a consequente condenação em danos morais, vide:

Ou seja, considerando o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, **o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso.** Em contexto, o que deve ser observado é a comprovação inequívoca dos pressupostos autorizadores da responsabilização civil, **ato ilícito, culpa/dolo, nexo causal e dano, tendo por norte os direitos, deveres e elementos que cercam as relações familiares e, no caso, também, a proteção ao idoso, preconizada na Constituição.**⁴²

À luz do depoimento pessoal da requerida na lide, constante do voto, é possível vislumbrar, na prática, uma das formas em que a alienação se perfaz, manifestando-se como uma conduta que pode assumir diversas configurações e que se mostra mais recorrente no cenário atual, atraindo assim maior notoriedade no âmbito jurídico.

[...] A requerida, Vera Lúcia Ribeiro, em depoimento pessoal, afirma de forma inequívoca que impedia o contato da irmã com a mãe, inclusive deflagrando Boletins de Ocorrência. Ademais, do depoimento, depreende-se de forma clara que a requerida **buscava ostracizar a genitora.**⁴³

Por todo exposto, com fundamento no conteúdo apresentado, é clarividente a viabilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil aos casos de alienação parental inversa, ensejando assim a obrigação de indenizar.

Para além, diante da crível irreversibilidade dos impactos advindos dessa prática atrelados a morosidade do judiciário, conforme aludido outrora, há o que vislumbrar acerca da reparação dos danos causados ao terceiro além da figura do alienado, qual seja aquele convivente que, em razão do ato de alienação, teve a sua relação com o longo prazo prejudicado, consoante à decisão jurisprudencial discutida.

CONCLUSÃO

O presente estudo abordou acerca da Alienação Parental de Idosos e os efeitos que decorrem de tal prática, bem como a hipótese de responsabilização civil da figura do alienador

⁴¹ BRASIL, 2016, *online*.

⁴² BRASIL, 2016, *online*, grifo nosso.

⁴³ BRASIL, 2016, *online*, grifo nosso.

aliada ao questionamento quanto à obrigação de reparar o dano para sujeitos além da figura do alienado.

Nesse viés, aludiu-se que, embora a temática em apreço seja de expressiva relevância, não há no ordenamento jurídico pátrio regramento específico, configurando uma lacuna legislativa que enseja a aplicação analógica da Lei 12.318/10, a qual dispõe acerca da alienação parental de crianças e adolescentes, restando assim como opção viável para solução de conflitos de tal natureza no judiciário brasileiro enquanto não vigorar regramento específico que abarque a temática.

Embora a Lei 12.318/10 tenha aplicabilidade análoga nos casos de alienação parental inversa, cumpre destacar que não se perfaz de maneira plena, posto que se trata de uma lei voltada para crianças e adolescentes e, em razão disso, deixa de abarcar peculiaridades do longo prazo. Assim, é vital que sobrevenham disposições legais próprias ao tema, tal como o PL 9446/17.

A partir da análise multidimensional da conduta de alienação parental e suas decorrentes implicações, do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência pertinente, vinculados à constatação dos elementos configuradores da reparação civil, assim como à crível irreversibilidade das consequências em decorrência da morosidade do julgamento até o cumprimento da obrigação, concluiu-se tanto pela possibilidade de responsabilização do alienador quanto pela reparação extensiva a terceiros além do alienado.

No que diz respeito aos obstáculos enfrentados, houve dificuldade quanto a obtenção de materiais atinentes à temática específica, haja vista que embora não seja uma prática nova, o tema é de escasso debate no âmbito jurídico, fato que faz com que os materiais de estudo acerca de tal conteúdo se encontrem esparsos, desse modo, fez-se necessária a consulta a diferentes referências teóricas.

Não obstante, a relevância da pesquisa resta demonstrada na incitação ao debate crítico quanto ao tema que é latente em sociedade e que carece de uma discussão mais incisiva tanto no meio acadêmico quanto nos poderes legislativo e judiciário.

À luz de todo exposto, com intuito de propor possíveis medidas de mitigação da problemática apresentada, tem-se por adequada a aplicação analógica da Lei de Alienação Parental até que sobrevenha legislação específica.

Destarte, a utilização do referido instrumento legal se apresenta viável vez que positiva regramentos de proteção à criança e ao adolescente, os quais, extensivamente, se tornam acessíveis também ao idoso, configurando assim um mecanismo transitório de amparo às pessoas que se encontram nessa situação.

Nesse sentido, entende-se por mais apropriado que haja no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo específico para regulamentar tal temática, neste ponto, há de se destacar o PL 9446/17 que altera, dentre outras, o Estatuto do Idoso e a Lei de Alienação Parental a fim de incluir disposições legais que tratem da temática de maneira própria.

Outrossim, não se pode olvidar da necessidade de promoção de políticas públicas socioeducativas a serem implementadas de modo conjunto por parte dos poderes judiciário, executivo e legislativo com a finalidade de conscientização da população. Tal sugestão é de extrema relevância haja vista que propicia uma formação de pensamento crítico e olhar atento voltado às situações de alienação em que o idoso pode vir a estar inserido, minorando a ocorrência de novos casos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ankilma do Nascimento et al . Análise do Conceito Fragilidade em Idosos. **Texto Contexto - Enferm.**, Florianópolis , v. 21, n. 4, p. 748-756, dez. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072012000400004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 mar. 2021.

ARAÚJO, Andrea Cristina Marques de; GOUVEIA, Luís Borges. Pressupostos sobre a pesquisa científica e teste piloto. **Revista Administradores.com** [meio digital], 2019. Disponível em: < <https://administradores.com.br/artigos/pressupostos-sobre-a-pesquisa-cientifica-e-teste-piloto>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BONNA, Alexandre. **Punitive Damages (Indenização Punitiva) e os Danos em Massa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 194 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 9.446, de 20 de dezembro de 2017**. Altera a Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, para dispor sobre o abandono afetivo do idoso por seus familiares, e a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n o 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174>> Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre Alienação Parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm> Acesso em: 04 abr. 2021

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> . Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 0006690-70.2012.8.24.0005. Apelante: VLR. Apelada: WRL. Relator: Desembargador Domingos Paludo. Balneário Camboriú, SC, 25 de agosto de 2016. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944380756/apelacao-apl-66907020128240005-balneario-camboriu-0006690-7020128240005>> . Acesso em: 18 maio 2021.

BUENO, Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli; MARQUES, Oacilene Alves Maciel. Responsabilidade Civil em Decorrência de Alienação Parental de Idosos. **Revista Vertentes do Direito**, v. 7, n. 2, p. 203-225, 3 dez. 2020. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/9779>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 774 p. v. 7.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5ª. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, 987 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. 1610 p. v. único.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção - aspectos legais e processuais**. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAFFIOLETTI, Virgínia Lúcia Reis. Velhice e Família: Reflexões Clínicas. **Psicol. cienc. prof.** Brasília, v. 25, n. 3, p. 336-351, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932005000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 mar. 2021

SENESCÊNCIA E SENILIDADE: – qual a diferença?. **Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia**. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.sbgg-sp.com.br/senescencia-e-senilidade-qual-a-diferenca/>> . Acesso em: 1 abr. 2021.

UNITED NATIONS, D.E.S.A. **Population Prospects: World Population Prospects 2019.** [s.l.], 2019. Disponível em:
<<https://population.un.org/wpp/Graphs/DemographicProfiles/Pyramid/931>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, 860 p.

A EVOLUÇÃO DAS MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL NO ESTADO BRASILEIRO À LUZ DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE EVOLUTION OF DEATH RESULTING FROM POLICE INTERVENTION IN THE BRAZILIAN STATE IN THE LIGHT OF DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Thiago da Cunha Brito¹
Francisco Mattos Filho²
Carina Cardoso da Cunha³

Resumo: motivado pela condenação do Brasil no caso Favela Nova Brasília pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o presente trabalho teve como objetivo avaliar a evolução das mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro, a partir da estruturação e análise de um conjunto de dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública carioca, referentes ao período compreendido entre 2013 e 2020. A análise demonstrou um quadro de massiva e persistente violação de direitos fundamentais nas comunidades e favelas do Rio de Janeiro, decorrentes de falhas estruturais do Poder Executivo estadual, da cultura das polícias e dos agentes de segurança pública, caracterizando um autêntico estado de coisas inconstitucional. Verificou-se que os dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública do estado do Rio de Janeiro apresentam reduzida qualidade, fato que acarreta a inviabilidade de se assinalar com precisão os municípios com maior taxa de mortalidade em relação a vítimas menores de idade. Observou-se que quanto maior a taxa de letalidade de intervenções policiais registrada em determinado município, menor a qualidade dos dados disponibilizados para análise. A incompletude das informações disponibilizadas pelo Instituto também compromete o desenvolvimento de políticas públicas capazes de reduzir a letalidade das operações policiais no estado.

Palavras-Chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Favela Nova Brasília; Autos de resistência; Mortes decorrentes de intervenção policial; Estado de coisas inconstitucionais.

Abstract: motivated by the conviction of Brazil in the Favela Nova Brasília case by the Inter-American Court of Human Rights, the present study aimed to evaluate the evolution of deaths resulting from police intervention in the state of Rio de Janeiro, based on the structuring and analysis of a set of data made available by the Rio de Janeiro Public Security Institute, for the period between 2013 and 2020. The analysis showed a picture of massive and persistent violation of fundamental rights in the communities and favelas of Rio de Janeiro, resulting from

¹ Thiago da Cunha Brito. Pós-graduado LLM Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Pós-graduado em Marketing e Gestão Estratégica pela Universidade do Minho, Braga, Portugal. Graduado em Engenharia Informática pelo Instituto Superior de Engenharia do Porto – ISEP, Portugal.

² Francisco Mattos Filho. Graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

³ Carina Cardoso da Cunha. Graduanda em Segurança Pública pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Graduanda em Direito pela Universidade Candido Mendes.

structural failures of the state Executive Power, the culture of the police and public security agents, characterizing an authentic unconstitutional state of things. It was found that the data made available by the Public Security Institute of Rio de Janeiro state are of low quality, a fact that makes it impossible to accurately identify the municipalities with the highest mortality rate in relation to underage victims. It was also observed that the higher the fatality rate of police interventions recorded in a given municipality, the lower the quality of the data available for analysis. The incompleteness of the information provided by the Institute also compromises the development of public policies capable of reducing the lethality of police operations in the state.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Nova Brasília favela; Cases of resistance; Deaths resulting from police intervention.

Sumário: Introdução. 1. Caso favela Nova Brasília. 2. Evolução histórica das mortes decorrentes de intervenção policial. 3. História recente de mortes decorrentes de intervenção policial no Estado do Rio de Janeiro. 4. A política de segurança pública como um Estado de Coisas Inconstitucional. Conclusão

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo realizado com o objetivo de apurar se após a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, houve redução dos autos de resistência registrados após as intervenções policiais em comunidades e favelas, em especial no estado do Rio de Janeiro. No intuito de desenvolver a referida análise, o presente trabalho foi estruturado em quatro capítulos. Inicialmente, descreve-se de forma resumida os principais aspectos relacionados ao caso Favela Nova Brasília, apontando as determinações da sentença exarada pela Corte IDH ao final do processo.

Em seguida, apresenta-se a evolução histórica das mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil, analisando-se mais profundamente a situação do estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, apresentou-se o histórico de mortes em decorrência de intervenção policial no Rio de Janeiro no período de 2014 a 2020, detalhando a análise em diversas dimensões. Ainda neste capítulo, realizaram-se análises estratificadas com base no perfil das vítimas em relação ao sexo, cor e idade.

Além disso, apontou-se os municípios com maior taxa de letalidade decorrente de intervenção policial por cem mil habitantes, destacando também aqueles de maior incidência

de vítimas do sexo feminino. Ao final dessa análise estatística, verificou-se que 10,8% dos municípios do Rio de Janeiro são responsáveis por mais de 87% de todas as mortes decorrentes de intervenção policial no estado.

Ademais, concluiu-se que a baixa qualidade dos dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública do estado do Rio de Janeiro, no tocante à idade das vítimas decorrentes de intervenção policial, acarreta a inviabilidade de se apontar com maior precisão os municípios com maior taxa de mortalidade com vítimas menores de idade no estado do Rio de Janeiro.

Posteriormente, procurou-se trazer à baila um caso recente da história do Rio de Janeiro – notadamente o massacre do Jacarezinho que vitimou 28 (vinte e oito) pessoas e foi classificado como a mais letal operação das forças de segurança – que demonstra que a conduta das polícias civil e militar continua se fundando no emprego da força letal em suas operações nas favelas do estado, com a suposta justificativa de situações de confronto para desculpar as mortes perpetradas pelos agentes do estado.

Finalmente, porém não menos importante, constatou-se que o constante crescimento dos índices de mortes decorrentes de intervenção policial, associado à incapacidade do estado de reduzir a sua ocorrência o longo do tempo, caracterizam um estado de coisas inconstitucional por afronta ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

1. CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

Resumidamente, o caso Favela Nova Brasília foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão Interamericana) em 19 de maio de 2015, em relação a fatos cometidos entre 1994 e 1995, e se relaciona a falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília” (IDH, 2017, p. 3).

Segundo o relatório do caso (IDH, 2017), disponível no sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH ou Corte Interamericana), as autoridades brasileiras alegaram que as mortes se deram em decorrência de atos de resistência à prisão. Ademais, existem relatos de que três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais, durante a incursão do dia 18 de outubro de 1994.

Entre diversas outras determinações ao estado brasileiro, a Corte Interamericana dispôs, por unanimidade, sobre a necessidade de o estado brasileiro conduzir de maneira eficaz toda e qualquer investigação sobre fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994, em prazo razoável, bem como apurar os fatos relacionados à violência sexual. Ainda, estabeleceu a necessidade de o estado brasileiro oferecer gratuitamente tratamento psicológico às vítimas.

A sentença também dispôs que o estado brasileiro deveria publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país, impondo que o referido relatório deveria conter informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial.

Especificamente em relação ao estado do Rio de Janeiro, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos dispôs que o estado deveria adotar um sistema de metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, subsidiado por iniciativas educacionais voltadas à conscientização sobre o atendimento a mulheres vítimas de estupro em todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro.

No tocante aos registros de mortes decorrentes de confrontos policiais, a decisão estabeleceu a necessidade de adoção de medidas para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policiais” nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial, em substituição às expressões “oposição” ou “resistência” à ação policial.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL

De acordo com a OAB-RJ (2015), o auto de resistência é um “instituto jurídico criado durante a ditadura, segundo o qual um policial tem o direito de reagir de modo extremo a uma ameaça sem ser processado”. Nos termos do artigo 292 do Decreto-lei 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal), “[s]e houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência”, acrescentando que o ocorrido deverá ser registrado em documento próprio e deverá conter a qualificação de duas testemunhas.

Nota-se, portanto, que o auto de resistência pode ser caracterizado como uma excludente de ilicitude, tendo em vista que o art. 23, III, do Código Penal, afirma que não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal. De toda forma, o agente responderá em caso de conduta excessiva, culposa ou dolosa, nos termos do parágrafo único do referido artigo. Ocorre que os autos de resistência acabaram por se tornar um instrumento para impedir a apuração de homicídios decorrentes da intervenção de agentes do estado. Ao invés da excludente de ilicitude ser apurada após regular inquérito policial, ou após iniciada a persecução penal por meio do oferecimento de denúncia, os autos de resistência eram verdadeiras permissões para matar delegadas pelo estado aos agentes responsáveis pela segurança pública.

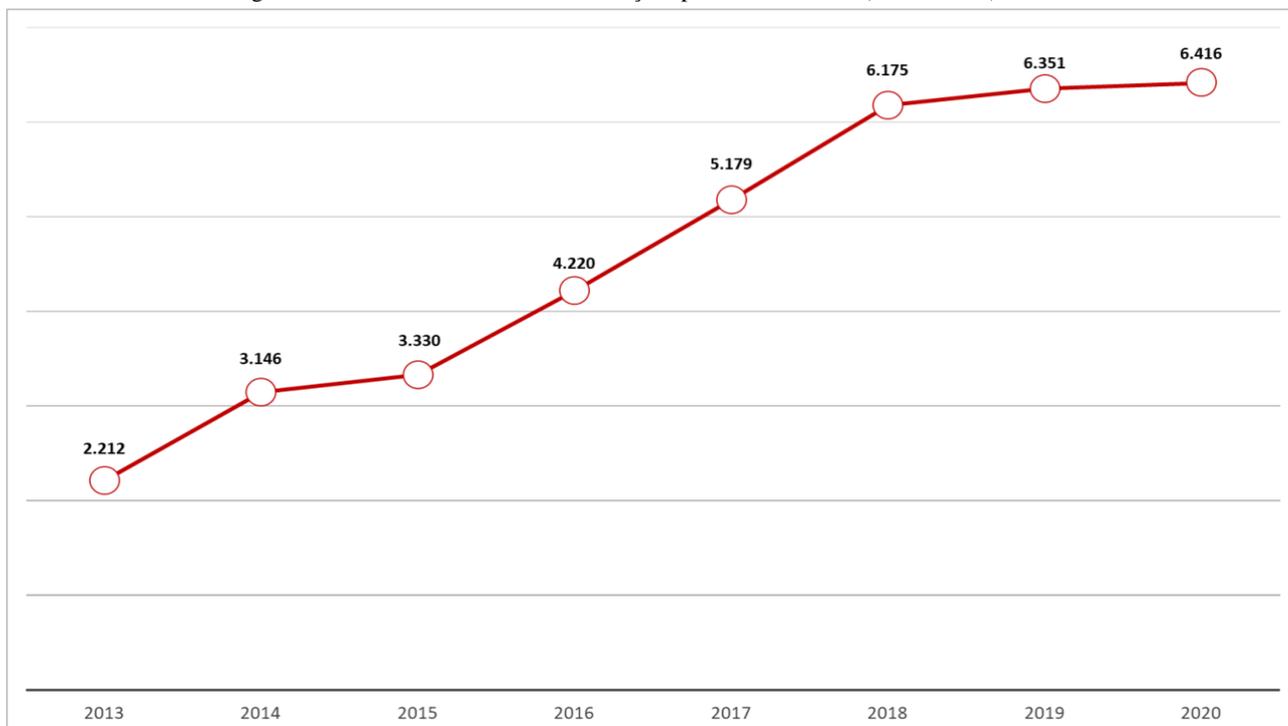
Conforme destacam (BUENO, MARQUES e PACHECO, 2021, p. 2), “[s]e é fato que a essência do mandato policial reside na possibilidade de uso da força, inclusive a letal quando necessário, isto não deve ser visto como um cheque em branco ou de total discricionariedade aos agentes policiais”.

Em dezembro de 2012 (SDH, 2012), uma resolução da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República aboliu a utilização de designações genéricas – tais como autos de resistência e resistência seguida de morte – em registros policiais, boletins de ocorrência e inquéritos policiais. De acordo com a referida resolução, uma das principais motivações para a mudança na nomenclatura relacionava-se com a apuração cuidadosa de todo caso de homicídio, independentemente de ser praticado por agente do estado ou não. Nesse sentido, a resolução estabelecia que a prova da exclusão da ilicitude da conduta – seja por legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito – deveria ocorrer após ampla investigação e instrução criminal e no curso da ação penal.

Após a aludida alteração, os autos de resistência passaram a ser denominados “lesão corporal decorrente de intervenção policial” ou “homicídio decorrente de intervenção policial”, com fundamento no art. 1º do normativo editado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Todavia, apesar da referida alteração da nomenclatura, o número de vítimas decorrentes de intervenção do estado na sociedade brasileira não observou redução. Ao contrário, ao longo dos anos o Brasil tem vivenciado um crescente aumento nos registros de mortes decorrentes de intervenção policial.

Conforme se observa pelas informações disponibilizadas no gráfico abaixo, o número de mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil cresceu cerca de 190% (cento e noventa por cento) no período compreendido entre 2013 e 2020. Apesar de uma aparente estabilidade observada nos últimos anos, verifica-se que de 2019 para 2020 o número de vítimas decorrentes da intervenção de agentes do estado aumentou cerca de 1% (um por cento).

Figura 1 - Mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil (2013 a 2020)



Fonte: As mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil (BUENO, MARQUES e PACHECO, p. 1)

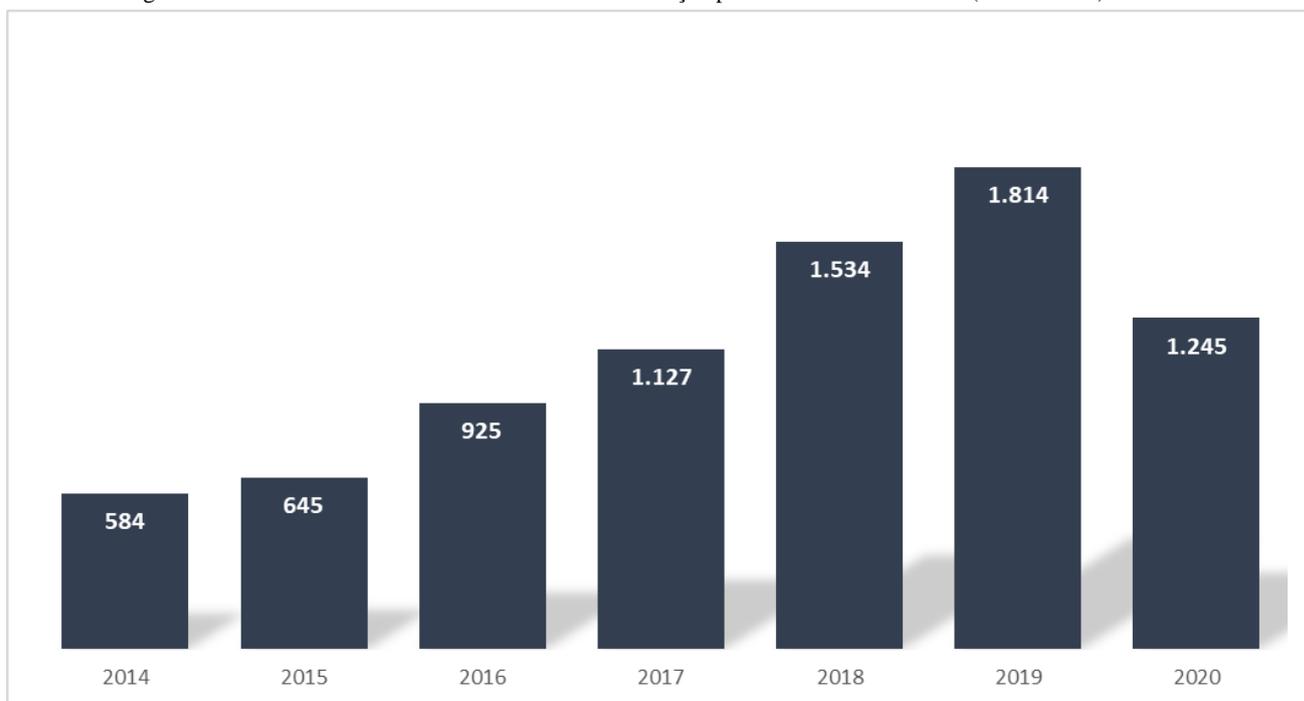
Importante destacar que, apesar de praticamente inexpressivo, o crescimento do número de vítimas em 2020, quando comparado com o número de 2019, não deixa de ser assustador, tendo em vista que o ano de 2020 foi marcado por intensas restrições de mobilidade e de redução expressiva de todos os crimes contra o patrimônio, em decorrência da pandemia da COVID-19.

Ressalta-se que, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (BUENO, MARQUES e PACHECO, 2021, p. 2), no ano de 2020 a taxa de mortalidade por intervenções policiais no Brasil apresentou significativa variabilidade, apresentando valores de 0,4 no Distrito Federal e de 7,2 no Rio de Janeiro, frente a uma média nacional de 3,0.

Nesse sentido, observando-se a média brasileira, a taxa de mortalidade por intervenções policiais no Rio de Janeiro é 2,4 vezes superior à média nacional e cerca de 18 vezes superior à média do Distrito Federal. Desta feita, faz-se imperioso direcionar um olhar mais detalhado sobre as informações de mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro.

De acordo com os dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP, 2021), a quantidade de mortes decorrentes de intervenção policial contabilizou a impressionante cifra de 7.874 (sete mil, oitocentos e setenta e quatro), no período de 2014 a 2020, o que equivale a uma média superior à 3 (três) vítimas diárias.

Figura 2 – Número de mortes em decorrência de intervenção policial no Rio de Janeiro (2014 a 2020)



Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Apesar da visível redução no número de mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro, no ano de 2020, em termos nacionais o Rio de Janeiro sozinho representou cerca de 19,4% de todas as mortes decorrentes de intervenção policial.

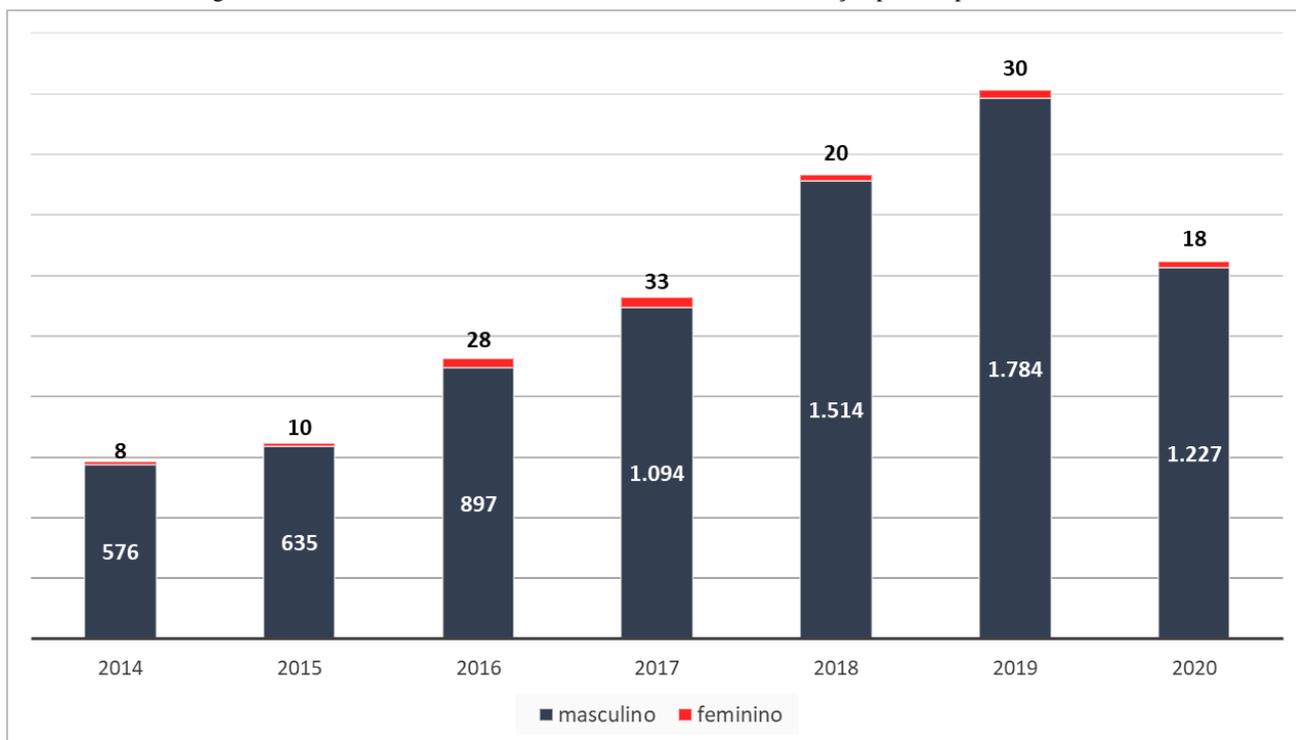
Outro ponto que merece destaque na análise da redução do número de vítimas no estado do Rio de Janeiro relaciona-se com a causa circunstancial dessa redução. Em 18 de agosto de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, determinou cautelarmente, no âmbito da ADPF 635, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, a suspensão de “operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente”, com a expressa comunicação ao Ministério Público do estado do Rio de Janeiro.

Portanto, apesar de uma redução de cerca de 31,4% nas mortes decorrentes de intervenção policial, essa diminuição não pode ser atribuída a alterações estruturais ou comportamentais na política de enfrentamento implementada no estado do Rio de Janeiro ao

longo de décadas. Ao contrário, a redução observada decorre de uma decisão do STF que dificultou as operações nas favelas do Rio de Janeiro, enquanto perdurasse a pandemia de COVID-19.

Outra importante análise a ser feita, relaciona-se com o perfil das vítimas. Nesse sentido, faz-se pertinente analisar o sexo, a idade e a cor das vítimas decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro.

Figura 3 – Análise estratificada das mortes decorrentes de intervenção policial por sexo



Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

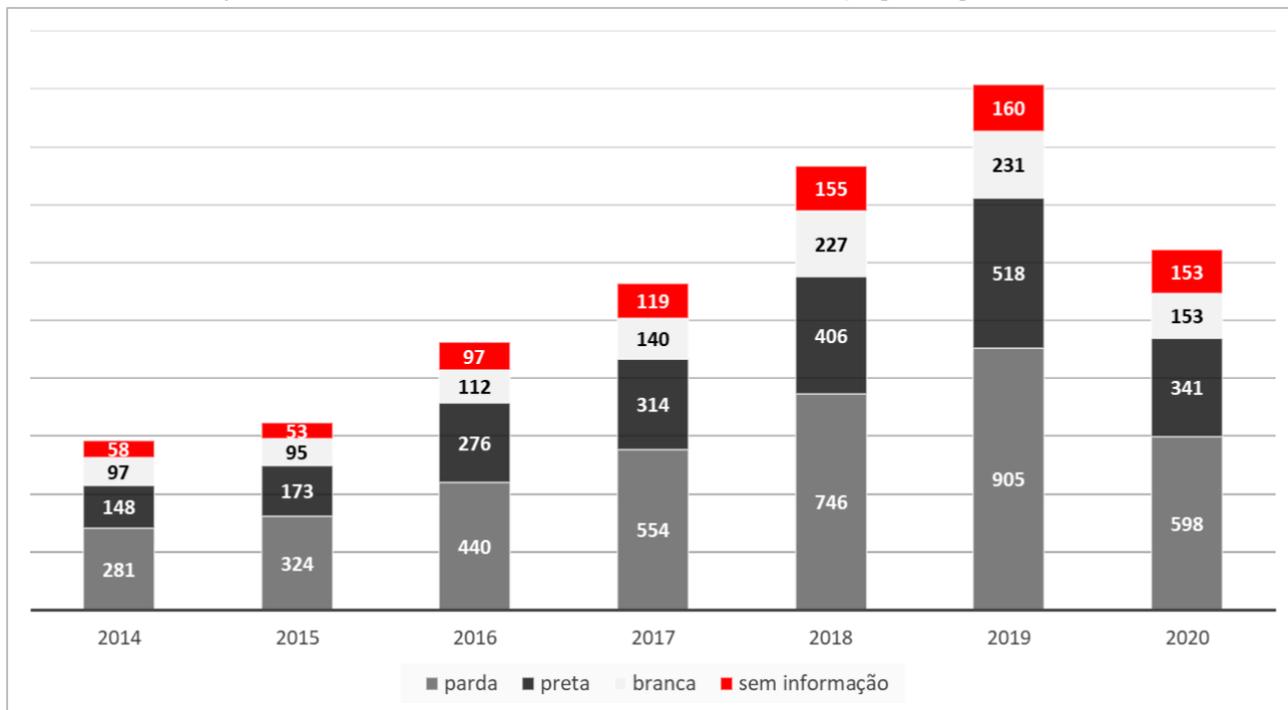
Como se observa pela análise do gráfico acima, de um total de 7.874 (sete mil, oitocentos e setenta e quatro) mortes decorrentes de intervenção policial no Rio de Janeiro, no período compreendido entre 2014 e 2020, 7.727 (sete mil, setecentos e vinte e sete) mortes foram relacionadas a vítimas do sexo masculino, número que representa aproximadamente 98% de todas as mortes decorrentes de intervenção policial no Rio de Janeiro.

Ressalta-se que essa relação entre a quantidade de homens e mulheres mortos por agentes do estado no Rio de Janeiro é similar à relação de vítimas do sexo masculino e feminino, quando analisados os dados agregados do país como um todo, conforme aponta o Anuário Estatístico de Segurança Pública (BUENO, MARQUES e PACHECO, 2021, p. 8).

Outra característica que deve ser analisada, relaciona-se com a cor das vítimas de homicídio decorrente de ações de agentes do Estado. Como se observa pelo gráfico abaixo, a grande maioria das vítimas – cerca de 77% de todas as mortes – são pessoas pardas ou negras.

As vítimas brancas representam cerca de 13% do total de mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro no período analisado.

Figura 4 - Análise estratificada das mortes decorrentes de intervenção policial por cor



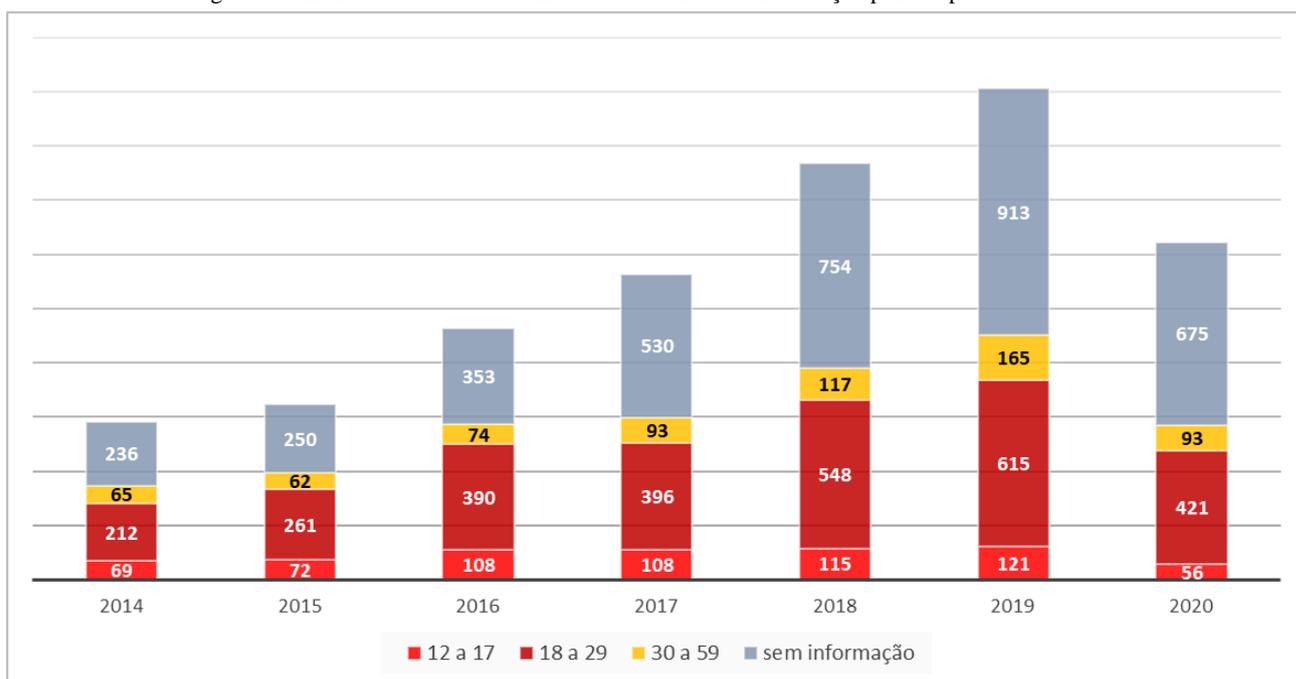
Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Constata-se, ainda, uma grande quantidade de vítimas cadastradas no sistema do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro sem informações relativas à cor da pele. Observa-se que aproximadamente 10% das vítimas foram inseridas no banco de dados da administração pública sem a indicação dessa característica.

Nesse ponto, deve-se ressaltar a importância da qualidade dos dados disponibilizados pelas agências governamentais para possibilitar um adequado controle e acompanhamento por parte da sociedade civil e das organizações sociais. Alguns aspectos são importantes para aferir o nível de qualidade dos dados. Entre esses aspectos destacam-se: i) a completude das informações; ii) a quantidade de erros presentes nos dados; e iii) a consistência das informações em caso de redundância e replicação das informações (PIPINO, LEE e WANG, 2002, p. 213).

Por fim, porém não menos importante, faz-se imperioso analisar o perfil das vítimas de homicídio decorrente de ações estatais em relação às suas idades. Como se observa pelo gráfico abaixo, durante o período analisado, os dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro apontam um total de 649 (seiscentos e quarenta e nove mortes) de indivíduos menor de idade. A maior parte das mortes – 2.843 (dois mil oitocentos e quarenta e três) – refere-se a indivíduos com idades entre 18 e 29 anos. Outras 669 (seiscentos e sessenta e nove) mortes dizem respeito a vítimas cuja idade varia de 30 a 59 anos.

Figura 5 - Análise estratificada das mortes decorrentes de intervenção policial por idade



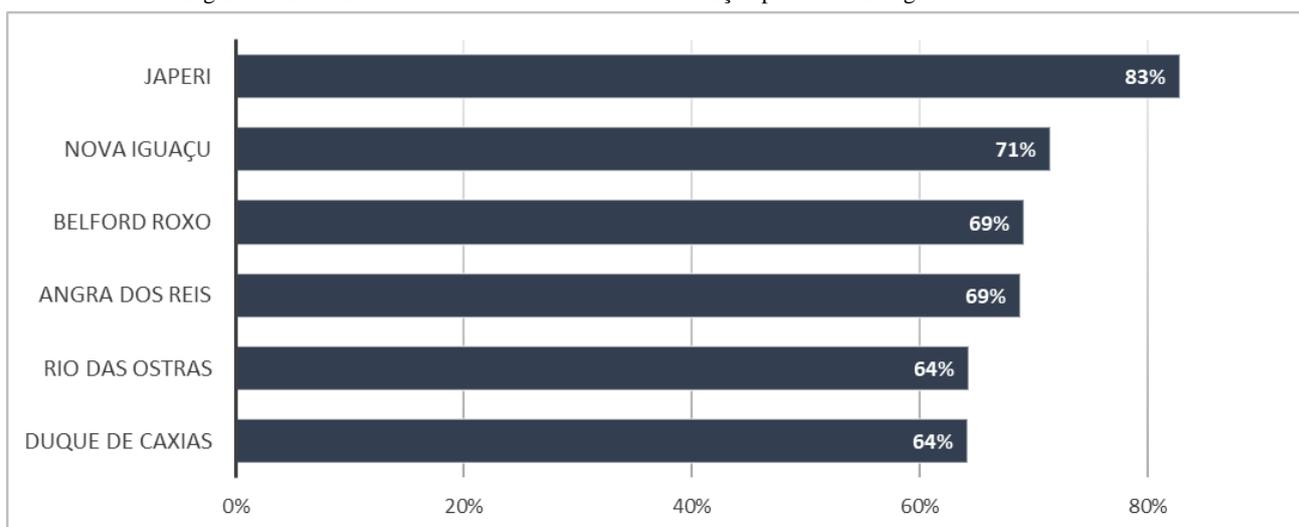
Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Um aspecto que salta aos olhos quando se analisa o perfil das vítimas a partir de uma análise estratificada por idade, relaciona-se a quantidade de registros sem informação a respeito da idade da vítima. Como pode-se verificar, cerca de 47% das mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro não apresentam qualquer informação relativa à idade da vítima.

Além de representar uma visível lacuna que compromete a qualidade dos dados disponibilizados no portal do Instituto de Segurança Pública, a ausência de informações relativas à idade das vítimas pode encobrir um número muito maior de mortes de indivíduos menor de idade.

De fato, a negligência no fornecimento de informações relativas à idade das vítimas é um aspecto de extrema gravidade. Em algumas regiões do Rio de Janeiro essa ausência de informações relativas à idade das vítimas é ainda mais alarmante. Na região de Paraty e Angra dos Reis o percentual de vítimas sem registro de idade ultrapassa 63,4%. A mesma realidade é observada na região da Baixa Fluminense, onde 62,5% dos registros das vítimas não apresentam qualquer referência à idade.

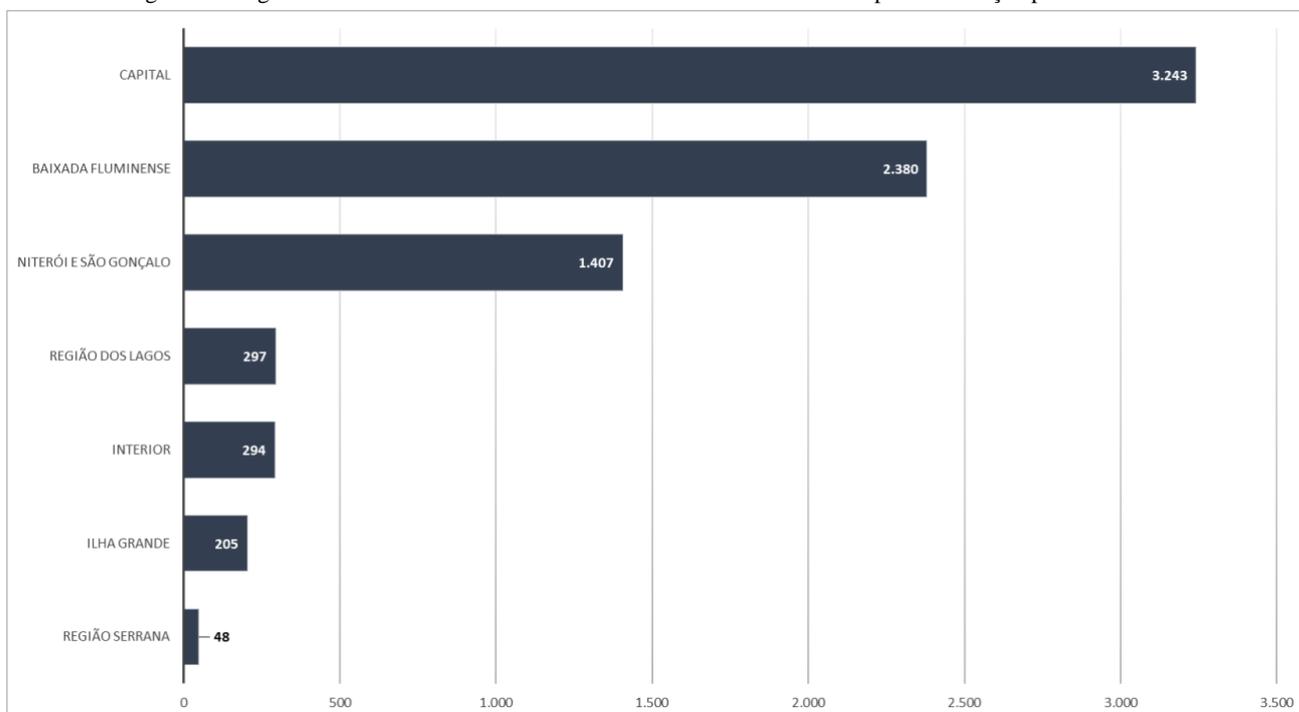
Figura 6 – Percentual de mortes decorrentes de intervenção policial sem registro de idade



Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

A situação é ainda mais alarmante ao analisar mais detalhadamente a qualidade dos dados referentes à idade das vítimas nos municípios da Baixada Fluminense. Em Japeri e Nova Iguaçu o número de casos sem registro de idade ultrapassa a marca de 83% e 71%, respectivamente. Nenhum outro município do Rio de Janeiro possui tamanha deficiência no registro da idade das vítimas.

Figura 7 – Regiões mais violentas em termos absolutos do número de mortes por intervenção policial



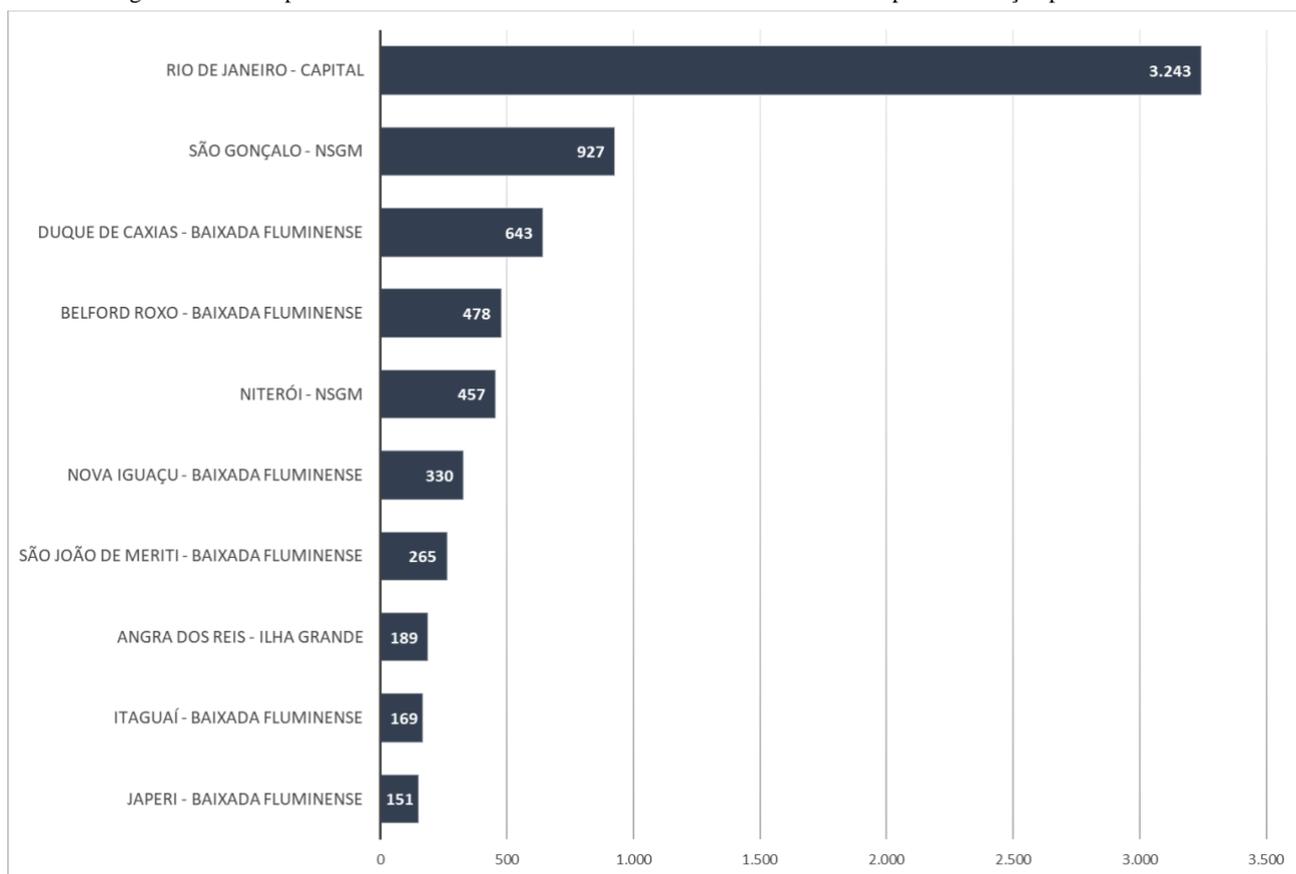
Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Conforme se constata pelo gráfico acima, as três regiões com mais casos de violência policial no estado do Rio de Janeiro concentram mais de 89% dos casos de mortes decorrentes

de intervenção policial, totalizando 7.030 (sete mil e trinta) vítimas entre os anos de 2014 e 2020.

Em termos absolutos, os municípios mais violentos do estado são a capital do Rio de Janeiro, registrando mais de 41% dos casos, São Gonçalo, com 11,7% dos casos, Duque de Caxias, com 8% dos casos e Belford Roxo e Niterói, com aproximadamente 6% dos casos cada.

Figura 8 – Municípios mais violentos em termos absolutos do número de mortes por intervenção policial

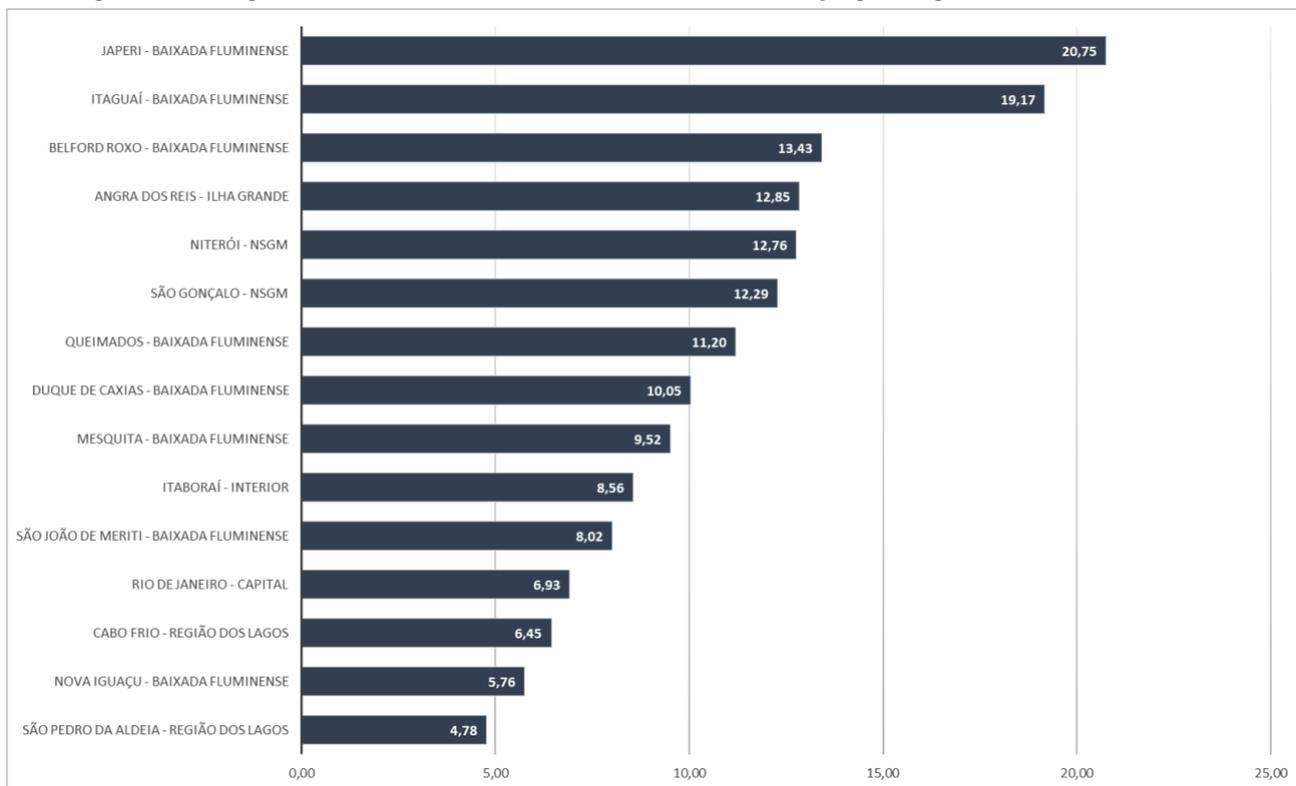


Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Destaca-se que o número de vítimas decorrentes de intervenção policial nos dez municípios listados no gráfico acima contabiliza 87% de todas as mortes registradas no estado no período analisado. Como o estado do Rio de Janeiro está dividido em 92 municípios, pode-se afirmar a partir desta leitura que 10,8% dos municípios do Rio de Janeiro concentram 87% das mortes decorrentes de intervenção policial.

Além de apresentar o maior percentual de registros com ausência de informação sobre a idade da vítima, o município de Japeri desponta como o município que apresenta a maior taxa de mortes decorrentes de intervenção policial a cada cem mil habitantes, como pode ser observado no gráfico abaixo.

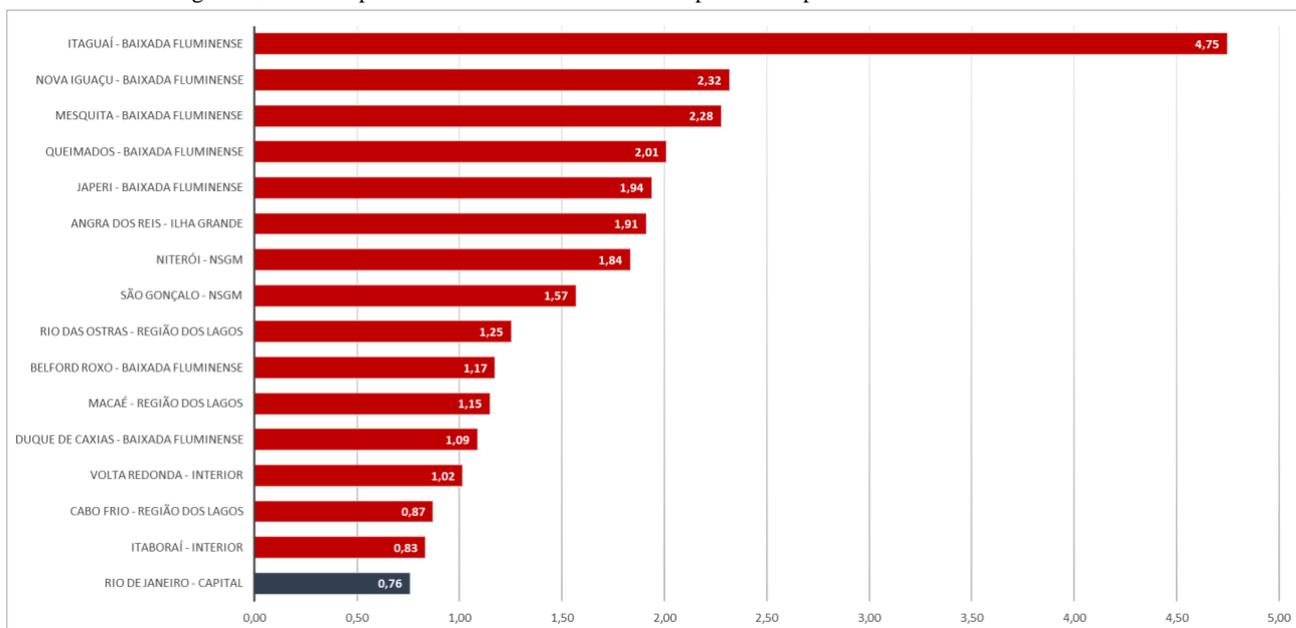
Figura 9 – Municípios com maior taxa de mortalidade decorrente de intervenção policial por cem mil habitantes



Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Importante ressaltar que entre os 10 (dez) municípios que apresentam a maior taxa de mortalidade ponderada por cem mil habitantes, 6 (seis) são municípios da Baixada Fluminense e 2 (dois) são os municípios de Niterói e São Gonçalo, além de Angra dos Reis e Itaboraí.

Figura 10 – Municípios com maior de vítimas mulher ponderado pelo número de habitantes

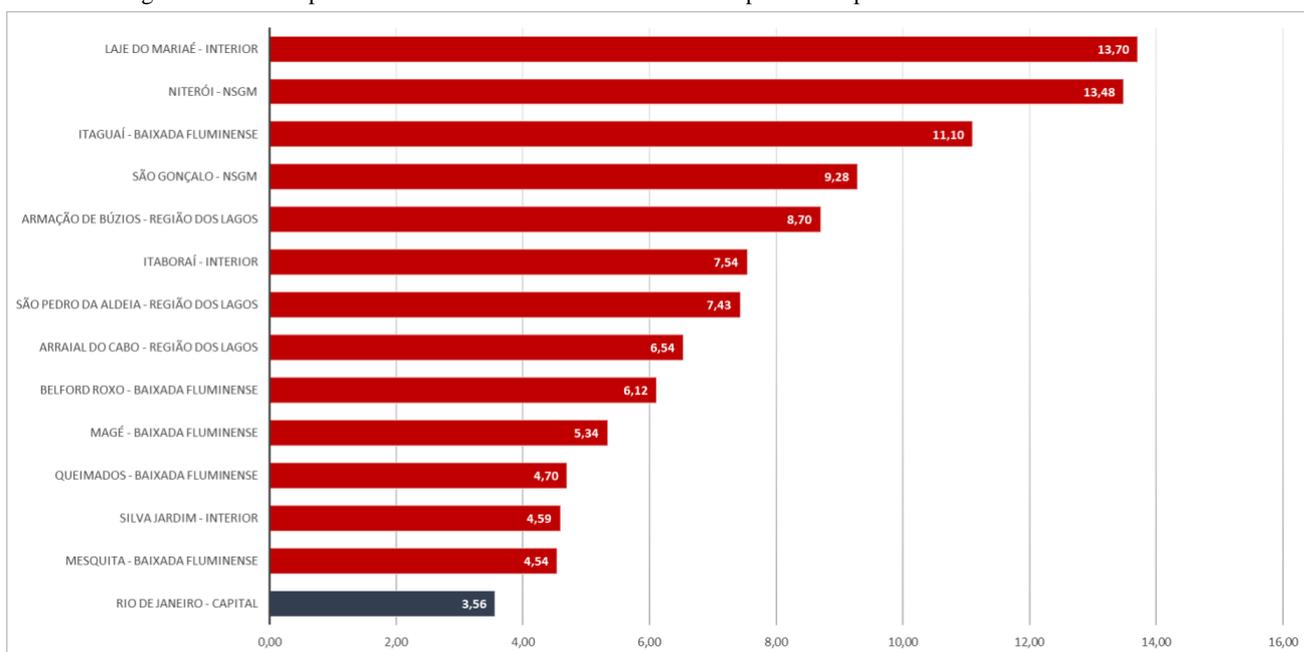


Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Destaca-se ainda que, apesar da capital possuir o maior número de vítimas em termos absolutos, o município do Rio de Janeiro apresenta uma taxa de mortalidade por cem mil habitantes 3 (três) vezes inferior a do município de Japeri, na Baixada Fluminense.

Analisando-se os municípios que apresentam a maior taxa de mortalidade decorrente de intervenção policial com vítimas do sexo feminino, verifica-se que 6 (seis) são municípios da Baixada Fluminense, 2 (dois) são os municípios de Niterói e de São Gonçalo, além de Angra dos Reis e Rio das Ostras. Nesse quesito, os 5 (cinco) municípios com maior taxa de mortalidade são todos da Baixada Fluminense, conforme se verifica da análise do gráfico acima.

Figura 11 – Municípios com maior de vítimas menores de idade ponderado pelo número de habitantes



Fonte: elaboração própria a partir dos dados disponibilizados pelo ISP-RJ (2021)

Analisando-se os municípios que apresentam a maior taxa de mortalidade decorrente de intervenção policial com vítimas menores de idade, verifica-se que a quantidade de municípios da Baixada Fluminense na listagem se reduz drasticamente. Todavia, essa situação reflete apenas o fato de que as mortes decorrentes de intervenção policial nos municípios da Baixada Fluminense não possuem, em sua grande maioria, informações sobre a idade da vítima.

Portanto, tendo em vista a qualidade dos dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, no tocante à idade das vítimas, torna-se inviável apontar com maior precisão os municípios com maior taxa de mortalidade com vítimas menores de idade no estado do Rio de Janeiro.

3. HISTÓRIA RECENTE DE MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Antes de adentrarmos na descrição de um dos episódios mais recentes da história do Rio de Janeiro relacionado à violência policial em favelas do estado, faz-se pertinente revisitar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF das Favelas – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635, de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Conforme consta no relatório do Ministro relator Edson Fachin (STF, 2020, p. 14), a referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi proposta pelo PSB – Partido Socialista Brasileiro – “a fim de que sejam reconhecidas e sanadas o que entende serem graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública”, em especial no que tange à “excessiva e crescente letalidade da atuação policial”.

No bojo de seu voto (STF, 2020, p. 31), o Ministro Edson Fachin faz referência à decisão da Corte Interamericana no caso Favela Nova Brasília que reconheceu que há “omissão relevante do estado do Rio de Janeiro no que tange à elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança”.

No mérito, o Ministro relator Edson Fachin propôs ao Plenário do STF (STF, 2020, p. 34-37), entre outros pontos, deferir: i) a medida cautelar pleiteada para restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas aos casos de comprovada necessidade, com apresentação de relatório circunstanciado ao término da operação; e ii) medida cautelar requerida para determinar que o estado do Rio de Janeiro oriente seus agentes de segurança a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro.

Destaca-se que a falta de preservação do local dos homicídios já havia sido destacada pela Corte Interamericana no caso Favela Nova Brasília. De acordo com a Corte (IDH, 2017, p. 31), durante a operação na Favela Nova Brasília, “os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a disparar contra os ocupantes e levar os corpos, cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade”.

A conduta dos policiais de remover as vítimas, sob o pretexto de prestação de socorro, dificulta a realização de perícias e, conseqüentemente, a elucidação dos fatos em um eventual inquérito instaurado para apuração dos casos de mortes decorrentes de intervenção policial.

Outro ponto fundamental da decisão do STF se refere à suspensão da eficácia do art. 1º do Decreto 46.775/2019 que procurou retirar do cálculo da gratificação de policiais militares do Rio de Janeiro a redução dos índices de letalidade violenta medido pelo número de homicídios decorrentes de intervenção policial.

Conforme a ONG Conectas (CONNECTAS, 2020), apesar de o Plenário do STF não ter formado maioria para obrigar o estado do Rio de Janeiro a elaborar um plano de redução de letalidade policial e de controle de violações de direitos pelas forças de segurança pública fluminense, a Corte determinou a suspensão da eficácia do artigo que excluiu do cálculo das gratificações de integrantes de batalhões e delegacias, o indicador de redução dos índices de letalidade violenta provocados por intervenção policial.

Destaca-se que esse é um dos principais aspectos da decisão do STF no âmbito da ADPF das Favelas, uma vez que a gratificação salarial vinculada à redução de mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro está em sintonia com a decisão da Corte IDH que condenou o Brasil no caso Favela Nova Brasília.

Além dessas determinações cautelares, o Plenário do STF decidiu manter a cautelar concedida pelo Ministro Edson Fachin, em junho de 2020, determinando a suspensão das operações policiais nas favelas e periferias do estado do Rio de Janeiro durante a pandemia da COVID-19, conforme anunciado pela Conectas (2020^b).

Conforme observado anteriormente, como consequência da suspensão das operações policiais nas favelas do estado do Rio de Janeiro, no ano de 2020 o número de mortes decorrentes de intervenção policial foi cerca de 31% inferior ao mesmo período do ano anterior.

Todavia, não obstante os avanços decorrentes da referida ADPF, o estado do Rio de Janeiro foi palco de uma das operações policiais mais letais da história do estado. No dia 6 de maio de 2021, cerca de 200 (duzentos) policiais realizaram uma operação na Favela do Jacarezinho, equipados com blindados e dois helicópteros, que resultou em 28 (vinte e oito) mortos, dentre eles um policial (FOLHA, 2021).

De acordo com imagens divulgadas pela imprensa (G1, 2021), durante a operação na Favela do Jacarezinho corpos repletos de sangue foram carregados por policiais em cobertores sob ensejo de suposta prestação de socorro, tal como observado em diversas operações anteriores.

Ainda de acordo com o G1 (2021^b), a “Defensoria Pública alega que há indícios de execuções” e de acordo com relatos de amigos e parentes das vítimas pelo menos 14 (quatorze) mortos foram executados “mesmo após terem sido baleados e se entregado”.

Deve-se observar que a remoção dos corpos dos locais em que se consumou a ocorrência prejudica a apuração, uma vez que impede, ou dificulta, aos profissionais a realização da perícia. Ressalta-se que tal conduta foi um dos pontos criticados pelo STF na ADPF das Favelas que decidiu pela adoção da medida cautelar para “determinar que o estado do Rio de Janeiro orientasse seus agentes de segurança a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais, de modo a evitar a remoção indevida de cadáveres sob o pretexto de suposta prestação de socorro” (STF, 2020, p. 37).

Registre-se, por fim, que o Ministério Público do Rio de Janeiro (MP-RJ) ofereceu denúncia, no dia 5 de outubro de 2021, contra 2 (dois) policiais civis envolvidos na morte de uma das vítimas da operação na Favela do Jacarezinho. De acordo com o jornal Poder 360 (PODER, 2021), a vítima não era alvo de mandado de prisão da operação e foi executado quando estava desarmado e baleado.

Segundo o jornal Poder 360 (PODER, 2021), a denúncia oferecida pelo MP-RJ descreve que “o policial responsável por disparar uma arma de fogo contra a vítima, em conjunto com outro agente denunciado, retiraram o corpo [da vítima] antes de agentes realizarem perícia no local”. O Ministério Público do Rio de Janeiro divulgou nota sobre detalhes da denúncia (MP-RJ, 2021), destacando a tentativa de fraude processual realizada pelos denunciados nos termos transcritos abaixo:

A denúncia aponta que os policiais também **foram responsáveis por inserir uma granada no local do crime e, no momento de registro da ocorrência em sede policial, apresentaram uma pistola e um carregador, alegando falsamente terem sido recolhidos junto à vítima.** “Com tais condutas, os denunciados (...), no exercício de suas funções públicas e abusando do poder que lhes foi conferido, alteraram o estado de lugar no curso de diligência policial e produziram prova por meio manifestamente ilícito, com o fim de eximir (...) de responsabilidade pelo homicídio ora imputado ao forjar cenário de exclusão de ilicitude”, descreve trecho da denúncia. (grifos nossos)

Portanto, como se observa, a alteração do estado das coisas no curso de diligência policial e a tentativa de desbaratar o local do crime são condutas aparentemente corriqueiras entre agentes de segurança pública, com o objetivo de se eximir da responsabilidade pelos excessos cometidos durante as operações policiais no estado do Rio de Janeiro.

4. A POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA COMO UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Hobbes acreditava que para superar um sistema desordenado, coordenado pelas Leis Naturais, haviam de operar sacrifícios e, nessa ótica, o medo da morte violenta seria substituído por um ente centralizador que concederia toda a segurança necessária para a pacificação social (HOBBES, 2018, p. 141):

(...) é preciso designar um homem ou uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se, reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar, em tudo que se refere à paz e à segurança comuns, submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e seus julgamentos seu julgamento. Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens (...)

Desta forma, no atual estado democrático de direito, foi concedido ao Estado, o poder de zelar pela segurança de todos os cidadãos. Não obstante, os métodos utilizados para a concessão desse propósito, são aplicados de modo controverso, como é o caso das operações policiais que ocasionaram os autos de resistência na favela Nova Brasília e inúmeras outras comunidades no estado do Rio de Janeiro.

No que concerne à figura do policiamento, tem-se a sua associação às esferas de controle social, que por meio de uma política hobbesiana ditada pelo medo, moldam a Instituição para que esta possa, por meio da força, expressar seu poder de maneira desigual perante a população, com o objetivo de fazer a manutenção dessa disposição não igualitária, possibilitando a retirada dos indesejáveis e alimentando a atual conjuntura de poderio, como pontua Jacqueline Muniz e Eduardo Paes-Machado sobre o tema (MUNIZ e PAES-MACHADO 2010, p. 438):

Constitui-se como um variado repertório de meios (vigiar, regular, impor, fiscalizar, patrulhar, guardar, conter etc.), aplicados através de certos modos, para determinados fins: a sustentação de um *status quo*, de uma determinada visão e expectativa de ordem que se deseja obedecida e, em alguma medida, consentida pelos indivíduos ou grupos policiados.

Assim, atribui-se à polícia o condão inerente à coercibilidade, na qual utilizam de medidas paliativas e fugazes para questões muito mais complexas, provenientes de uma sociedade estratificada, onde a pobreza e o racismo são traços inerentes, mas ignorados. E este último ponto é o norteador para a compreensão de como as políticas de segurança pública se dão no estado do Rio de Janeiro, criando um abismo entre o “ser” e o “dever ser”, afinal, é de praxe a intervenção truculenta dessa *força* a depender a “quem” ela se direciona, logo, a

“conveniência da ação policial é, em primeiro lugar, determinada em relação à natureza particular e real do caso em questão, e apenas de modo secundário pelas normas gerais.”, como bem assinalou Bittner (1974).

O caso das mortes por intervenção se encontra nesse limiar de disparidade social, onde moradores abandonados pelo estado, aos quais deveria prover segurança, tiveram suas vidas ceifadas, virando estatística nos chamados autos de resistência – ou, na moderna nomenclatura, nas conhecidas mortes decorrentes de intervenção policial –, como se o suplício ditado por Foucault (1975), voltasse na forma de punição daqueles que estão na base da pirâmide social, baseadas em uma premissa de desumanização, onde princípios basilares como os ditados pelo artigo 5º da Carta Magna são colocados de lado em prol de uma política de extermínio.

O suplício para Foucault seria algo que repousaria na arte quantitativa do sofrimento, chegando ao grau de ser até pior que a morte, e no caso apresentado, esta figura simbólica se mostra visível pelo alto índice de óbitos e do fantasma da banalização da vida, do medo constante por si e pela comunidade, medo este que impede o exercício do direito de ir e vir, pois a volta pode não acontecer. São locais onde o poder público não chega, e quando chega, traz consigo um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais; decorrentes de falhas estruturais e falência de políticas públicas; e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, inerente ao Estado de Coisas Inconstitucional.

Segundo Ferreira e Costa (2021), “o Estado de Coisas Inconstitucional surgiu como categoria e técnica decisória de declaração de inconstitucionalidade na Corte Constitucional da Colômbia no ano de 1997, por ocasião do julgamento da *Sentencia de Unificacion 559*”.

No Brasil, a Suprema Corte adotou essa técnica decisória pela primeira vez no ano de 2015 (STF, 2015), no bojo da ADPF 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando declarou o sistema penitenciário nacional um estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a superlotação carcerária, as condições desumanas de custódia e a violação massiva de direitos fundamentais que, ainda hoje, assolam a realidade dos presídios brasileiros.

Na ementa da referida ADPF, o estado de coisas inconstitucional foi justificado por estarem presentes as seguintes situações: i) quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais; ii) decorrentes de falhas estruturais e falência de políticas públicas; e iii) cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Analisando-se os requisitos para a declaração de um estado de coisas inconstitucionais, nota-se que a violação sistemática e persistente do estado do Rio de Janeiro em ignorar as determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, no tocante à necessária redução da letalidade decorrente de intervenções policiais, cujos abusos podem ser observados desde, pelo menos, a década de 90 do século passado como mostra o caso Favela Nova Brasília, parece cumprir o requisito de violação massiva e persistente dos direitos à vida das comunidades carentes do estado do Rio de Janeiro.

Ademais, as tentativas para redução da letalidade policial no estado do Rio de Janeiro têm se mostrado ineptas a alcançar os resultados necessários. Observou-se ao longo do presente estudo que as mortes decorrentes de intervenções policiais têm apresentado contínuo aumento ao longo dos anos. Destaca-se que a única redução observada nos últimos anos teve sua gênese em uma decisão judicial imposta a partir da conjuntura pandêmica da COVID-19, sem soluções estruturais capazes de garantir uma alteração nas políticas públicas de redução da letalidade decorrente de agentes do Estado.

Finalmente, tendo em vista que a situação demanda o envolvimento de diversos órgãos da administração pública, em vários níveis da Federação, pode-se afirmar que se encontra presente o terceiro e último requisito para a declaração de um estado de coisas inconstitucional relacionado ao número de mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil e, em especial, no estado do Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

Após quase três décadas dos episódios que marcaram a chacina da Favela Nova Brasília, que culminou com a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se afirmar que não houve redução do número de mortes por intervenção policial – antigos autos de resistência – registrados após as intervenções policiais em comunidades e favelas, em especial no estado do Rio de Janeiro.

A evolução histórica demonstra um quadro de massiva e persistente violação de direitos fundamentais nas comunidades e favelas do estado do Rio de Janeiro, que decorrem de falhas estruturais do Poder Executivo estadual, da cultura das polícias e dos agentes de segurança pública e cuja solução perpassa a competência de diversos órgãos estatais, caracterizando um autêntico estado de coisas inconstitucional.

A história recente das ações policiais no Rio de Janeiro também não é nada animadora. Situações semelhantes às narradas no caso Favela Nova Brasília, nos longínquos anos de 1994 e 1995, foram observadas na chacina do Jacarezinho, ocorrida em maio de 2021, com agentes policiais acusados pelo Ministério Público estadual de execução sumária e fraude processual.

Ademais, analisando-se os dados disponibilizados pelo Instituto de Segurança Pública no Rio de Janeiro, relativos às mortes decorrentes de intervenção policial, verificou-se que a falta de qualidade dos dados – na sua dimensão completude – acarreta a inviabilidade de se apontar com maior precisão os municípios com maior taxa de mortalidade com vítimas menores de idade no estado do Rio de Janeiro.

Coincidentemente ou não, observou-se que quanto maior a taxa de letalidade de intervenções policiais registrada em determinado município, menor a qualidade dos dados disponibilizados para análise. Ressalta-se que o registro completo das informações relativas às vítimas de intervenção policial é uma ferramenta indispensável para o desenvolvimento de políticas públicas capazes de desfazer o estado de coisas inconstitucional observado.

Finalmente, acredita-se que a implementação de políticas públicas de capacitação das forças de segurança pública e de educação, lazer e saúde direcionadas aos 10 (dez) municípios com maior taxa de letalidade decorrente de intervenção policial seja um caminho para reduzir drasticamente a realidade do estado do Rio de Janeiro nesse panorama desalentador, tendo em vista que esse punhado de municípios é responsável por cerca de 87% das mortes decorrentes de intervenção policial em todo o estado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Presidência da República. **Código Penal - Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 3 de novembro de 2021.
- _____, Presidência da República. Código de Processo Penal – Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em Acesso em 3 de novembro de 2021.
- BITTNER, Egon. **Aspectos do Trabalho Policial**. Editora: EDUSP, 2003.
- BUENO, Samira; MARQUES, David; PACHECO, Dennis. **As mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2020**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2021. Disponível em <[162](https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/4-</p></div><div data-bbox=)

as-mortes-decorrentes-de-intervencao-policial-no-brasil-em-2020.pdf>. Acesso em 3 de novembro de 2021.

CAPITAL, Carta. **Fim do "auto de resistência" é mudança cosmética, dizem especialistas.** 2016. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/fim-do-auto-de-resistencia-e-mudanca-cosmetica-dizem-especialistas/>>. Acesso em 3 de novembro de 2021.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Caso Favela Nova Brasília: CNJ apresenta à Corte IDH balanço sobre cumprimento de sentença.** Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/caso-favela-nova-brasilia-cnj-apresenta-a-corte-idh-balanco-sobre-cumprimento-de-sentenca/>>. Acesso em 8 de novembro de 2021.

CONNECTAS, Direitos Humanos. **ADPF das Favelas tem nova vitória no STF.** 2020. Disponível em <<https://www.conectas.org/noticias/adpf-das-favelas-tem-nova-vitoria-no-stf/>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.

_____. **STF mantém suspensão de operações policiais em favelas do RJ na pandemia.** 2020^b. Disponível em <<https://conectas.org/noticias/stf-mantem-suspensao-de-operacoes-policiais-em-favelas-do-rj-na-pandemia>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.

FERREIRA, Marcus Vinicius Vita; COSTA, Leonardo Pereira Santos. **O Estado de Coisas Inconstitucional na jurisprudência do STF: A contribuição do ministro Marco Aurélio Mello.** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/349125/o-estado-de-coisas-inconstitucional-na-jurisprudencia-do-stf>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.

FOLHA. **Saiba quem são e como morreram as 28 vítimas do Jacarezinho.** Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/saiba-quem-sao-e-como-morreram-as-28-vitimas-do-jacarezinho.shtml>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.** Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

G1. **Operação no Jacarezinho deixa 25 mortos, provoca intenso tiroteio e tem fuga de bandidos.** 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/06/tiroteio-deixa-feridos-no-jacarezinho.ghtml>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.

_____. **Jacarezinho: saiba quem são, onde morreram e o que dizem famílias e polícia sobre os 27 mortos.** 2021^b. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/14/jacarezinho-saiba-quem-sao-onde-morreram-e-o-que-dizem-familias-e-policia-sobre-os-27-mortos.ghtml>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou Matéria, Forma e Poder De um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Editora Martin Claret LTDA. 2018.

- IDH, Corte. **Sentença do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, de 16 de fevereiro de 2017.** Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em 4 de novembro de 2021.
- ISP, Instituto de Segurança Pública. **Visualização de dados sobre letalidade violenta do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em <<http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/Letalidade.html>>. Acesso em 8 de novembro de 2021.
- MP-RJ. Ministério Público do Rio de Janeiro. **MPRJ denuncia policiais civis por homicídio doloso e fraude processual praticados durante operação na comunidade do Jacarezinho.** Disponível em <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/108107>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira e PAES-MACHADO, Eduardo. **POLÍCIA PARA QUEM PRECISA DE POLÍCIA: contribuições aos estudos sobre policiamento.** Caderno CRH, Salvador, v. 23, n. 60, p. 437-447, Set./Dez. 2010
- PODER, 360. **MP-RJ denuncia policiais por homicídio em operação no Jacarezinho.** Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/mprj-denuncia-policiais-por-homicidio-em-operacao-no-jacarezinho/>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.
- OAB-RJ, Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio de Janeiro. **Auto de resistência: impunidade é facilitada por lei de 1969.** 2015. Disponível em <<https://www.oabRJ.org.br/noticias/auto-resistencia-impunidade-facilitada-lei-1969>>. Acesso em 3 de novembro de 2021.
- PIPINO, Leo; LEE, Yang; WANG, Richard. **Data Quality Assessment.** Commun. ACM 45, 4 (April 2002), 211–218. DOI: <https://doi.org/10.1145/505248.506010>
- SDH. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Resolução 8 de 21 de dezembro de 2021.** Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cndh/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>>. Acesso em 3 de novembro de 2021.
- STF. **ADPF 635 – ADPF das Favelas.** 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em 3 de novembro de 2021.
- _____. **ADPF 347 – Estado de Coisas Inconstitucional.** 2015. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 4 de novembro de 2021.