ano 18 - n. 51 | julho/dezembro - 2024
Belo Horizonte | p. 1-347 | ISSN 1982-1921
Direitos Fundamentais & Justiça

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Revista do Programa de Pós-Graduação,

Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS

Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça

Revista Brasileña de Derechos Fundamentales y Justicia

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

RBDFJ51_MIOLO.indd 1 13/02/2025 10:04:28

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Direitos autorais pertencentes ao programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS.

© 2024 Editora Fórum Ltda.
Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Walter Santos
Projeto gráfico: Reginaldo César de Sousa Pedrosa
Revisão: Maria Elizabete de Sousa
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

D597 Direitos Fundamentais & Justiça

Direitos Fundamentais & Justiça. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Semestral.
Editor: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

ISSN impresso 1982-1921
ISSN digital 2527-0001

Publicada do ano. 1, n.1, out./ dez. 2007 ao ano 9, n. 33, out./ dez. 2016 pela HS Editora, Porto Alegre/RS.

1. Direito público. 2. Direito constitucional. 3. Direitos fundamentais. I. Ferreira, Luis Cláudio Rodrigues. II. Título

CDD: 341.481
CDU: 342.7

Direitos Fundamentais & Justiça
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS

Reitor: Evilázio Teixeira
Vice-Reitor: Prof. Jaderson Costa da Costa
Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da PUCRS:
Profa. Dra. Carla Denise Bonan
Decano da Escola de Direito:
Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Decana associada da Escola de Direito:
Profa. Dra. Regina Linden Ruaro
Coordenadora administrativa de Escola de Direito:
Jaqueline da Silva Alves Knob

Coordenador de curso da Escola de Direito:
Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira
Coordenador de pesquisa da Escola de Direito:
Prof. Dr. Paulo Caliendo
Coordenador da comissão científica da Escola de Direito:
Prof. Eugênio Facchini Neto
Coordenadores de pós-graduação da Escola de Direito:
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Ciências Criminais:
Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Editor: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenador Executivo: Ivar A. M. Hartmann
Consultores Editoriais: Jeferson Barbosa e Paola Sartori

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Ingo Wolfgang Sarlet

CONSELHO EDITORIAL INTERNO

Presidente: Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Denise Pires Fincato (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Fabio Siebeneichler de Andrade (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Gilberto Stürmer (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
José Maria Rosa Tesheiner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Juarez Freitas (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Regina Linden Ruaro (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Thadeu Weber (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL EXTERNO

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (Universidade de Brasília, DF)
Alexandre Coutinho Pagliarini (Uninter, Curitiba, PR)
Anderson Teixeira (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Andreas Joachim Krell (Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL;
Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE)
André Ramos Tavares (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,
SP; Centro de Extensão Universitária, São Paulo, SP; Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP)
Anna Cândida da Cunha Ferraz (Centro Universitário FIEO, Osasco, SP)
Antonio Celso Alves Pereira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Faculdade de Direito de Campos, Campos do Goytacazes, RJ; Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ)
Antonio Gomes Moreira Maués (Universidade Federal do Pará, Belém, PA)
Araken de Assis (Faculdade Especializada em Direito, São Paulo, SP)
Carlos Luiz Strapazzon (Universidade do Oeste de Santa Catarina, SC)
Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR;
Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, PR)
Cristiane Derani (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC;
Universidade de Santos, Santos, SP; Universidade de São Paulo, São Paulo, SP)
Eduardo Bittar (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP; Centro Universitário FIEO, Osasco, SP)
Fernando Facury Scaff (Universidade Federal do Pará, Belém, PA)
Flávia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP;
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR)
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS; Universidade de Hamburgo)
Gustavo José Mendes Tepedino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Faculdade de Direito de Campos, Campos do Goytacazes, RJ)
Heleno Taveira Tôrres (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP)
José Luis Bolzan de Morais (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Lenio Luiz Streck (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ)
Loussia Penha Musse Felix (Universidade de Brasília, DF)

Lúcio Delfino (Universidade de Uberaba, Uberaba, MG)
Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ)
Luiz Alberto David Araújo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP)
Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR;
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR)
Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR)
Luiz Henrique Urquhart Cademartori (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC)
Marcelo Campos Galuppo (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG;
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG)
Maria Celina Bodin de Moraes (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ)
Orides Mezzaroba (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC)
Paulo Bonavides (Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE)
Ricardo Lobo Torres (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade de Iguaçu, Nova Iguaçu, RJ; Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ)
Rogério Gesta Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ)
Sandra Regina Martini Vial (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS;
Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS)
Vicente de Paulo Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ; Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Wilson Antônio Steinmetz (Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS;
Universidade Luterana do Brasil, Canoas, RS)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Presidente: José Joaquim Gomes Canotilho (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Alexander Graser (Hertie School of Governance, Berlim, Alemanha)
Bernd Schulte (Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Munique, Alemanha)
David Almagro Castro (Universidade de Temuco, Chile)
Dieter Grimm (Universidade Humboldt, Berlim, Alemanha)
Fernando Rey Martínez (Universidade de Valladolid, Valladolid, Espanha)
Francisco Balaguer Calejón (Universidade de Granada, Granada, Espanha)
Francisco Fernández Segado (Universidade Complutense, Madrid, Espanha)
Heinrich Scholler (Universidade de Munique, Hochschule für Politik, Munique, Alemanha)
Jónatas Eduardo Mendes Machado (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Jörg Neuner (Universidade de Augsburg, Augsburg, Alemanha)
Louis J. Kotzé (North West University, Potchefstroom, África do Sul)
Michael J. Perry (Faculdade de Direito da Emory University, Atlanta, EUA)
Miguel Ángel Presno Linera (Universidade de Oviedo, Oviedo, Espanha)
Miguel Carbonell Sánchez (Universidade Nacional do México, Cidade do México, México)
Ockert Dupper (Universidade de Stellenbosch, Stellenbosch, África do Sul)
Paolo Ridola (Universidade La Sapienza, Roma, Itália)
Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto, Porto, Portugal)
Peter Häberle (Universidades de St. Gallen, Suíça, e Bayreuth, Alemanha)
Robert Cottrol (George Washington University, Washington-DC, EUA)
Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Bogotá, Colômbia)
Stefano Maria Cicconetti (Universidade de Roma Tre, Roma, Itália)
Stephan Kirste (Universidade de Salzburgo, Áustria)
Vasco Pereira da Silva (Universidades de Lisboa e Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal)

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Andres Del Río (Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói/RJ)
Cynthia Pereira de Araújo (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, Belo Horizonte/MG)
Diego Machado (Universidade Federal de Viçosa – UFV, Minas Gerais/MG)
Diego Werneck Arguelhes (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Francisco Pizzette Nunes (Escola Superior de Criciúma – ESUCRI, Criciúma/SC)
Gustavo Santiago Torrecilha Cancio (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Coxim/MS)

Heloisa Estellita (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito – FGV, São Paulo/SP)
Janaína Rigo Santin (Universidade de Passo Fundo/RS)
Jânia Maria Lopes Saldanha (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS)
Luiz Fernando Gomes Esteves (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Pedro Cantisano (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Ricardo Hermany (Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC/RS)
Riva Sobrado de Freitas (Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC)
Sandro Lúcio Dezan (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília/DF)
Silvano Alves Alcantara (Centro Universitário Internacional – UNINTER, Curitiba/PR)
Thiago Ribeiro Rafagnin (Universidade Federal do Oeste da Bahia – Barreiras/BA)

RBDFJ51_MIOLO.indd 6 13/02/2025 10:04:28

Sumário

Nota Editorial 13
Editorial 15

DOUTRINA ESTRANGEIRA

A interpretação e desenvolvimento ecologicamente orientado do Direito Privado
Jörg Neuner 19

I Introdução 19
II Prolegômenos metodológicos 21
1 Interpretação *versus* ampliação do Direito 21
2 Regras *versus* princípios 21
3 Eficiência *versus* suficiência 22
III Sistema jurídico multinível 22
1 Direito Internacional 22
2 Direito europeu 25
3 Direito Constitucional 29
4 Direito Penal e Direito Público 35
5 Influências extralegais 37
IV Direito Privado Ambiental 39
1 Sustentabilidade 39
2 Responsabilidade extracontratual 43
V Reformas 51
1 Limites 51
2 Opções 53
3 Conclusão 56
Referências 57

DOUTRINA NACIONAL

Redefinindo o apoio à renda mínima no Brasil em tempos de crise e de transição
Ingo Wolfgang Sarlet, Jeferson Ferreira Barbosa 75

1 Introdução 76
2 Breve introdução à seguridade social brasileira e aos seus fundamentos constitucionais 78
3 Projeções no âmbito da reforma das políticas de transferência e de apoio à renda 81
4 Mudanças na assistência social e nas políticas de apoio à renda 84
4.1 Auxílio emergencial 84
4.2 Benefício de Prestação Continuada 85
4.3 Auxílio-inclusão para pessoas com deficiência 86
4.4 Substituição e retomada do Programa Bolsa Família (PBF) 87

4.5 Políticas de apoio para os custos com energia 90
4.6 Estabilidade dos novos programas e regulamentação do financiamento 91
5 Considerações finais 92
Referências 94

Políticas públicas e violência obstétrica: uma análise das evidências à luz da Lei contra a Violência Obstétrica do estado de Santa Catarina
Daniel Luciano Gevehr, Ana Cristina Tomasini 99

1 Introdução 99
2 As políticas públicas e a violência obstétrica 101
3 A trajetória metodológica 107
4 Ouvindo as evidências – Resultados e discussão 109
4.1 Ter acompanhamento adequado 110
4.2 Brincadeiras e jargões discriminatórios 110
4.3 Ameaças e persuasão direcionada às pacientes 111
4.4 Naturalização da dor 112
5 Conclusão 114
Referências 115

O consentimento informado e a proteção dos dados pessoais de pacientes: autodeterminação informativa em aplicativos de telemedicina no município de Teresina, Piauí, Brasil
Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, Jairo Victor Candeira Braga 117

Introdução 118
1 O consentimento informado e a proteção dos direitos da personalidade no exercício da telemedicina 120
2 Estudo das configurações de políticas de privacidade e termos de consentimento das operadoras de planos de saúde em Teresina, Piauí 127
2.1 Unimed Teresina – Cooperativa de Trabalho Médico e Hospitais e Clínicas do Piauí S/S Ltda. 130
2.2 Medplan Assistência Médica Ltda. e Humana Saúde Assistência Médica Ltda. 131
3 A (in)adequação de um modelo regulatório com enfoque no controle individual dos dados pessoais de saúde 136
Conclusão 142
Referências 143

Por uma epistemologia constitucional feminista: da influência da doxa androcêntrica à adoção da perspectiva de gênero
Ticiane Louise Santana Pereira, Marcos Augusto Maliska 147

Introdução 148
1 O paradoxo do constitucionalismo moderno: “diferentes, mas iguais” 150
2 O impacto da politização do gênero na doxa androcêntrica: a crise da heteronormatividade 154
3 A construção constitucional da episteme feminista e a perspectiva de gênero 158
Considerações finais 164
Referências 165

O STF e os impactos econômicos e sociais da Covid-19
Daniel Wei Liang Wang, Ezequiel Fajreldines dos Santos, Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda, Bruno da Cunha de Oliveira, Gabriela Tiemi Moribe, Leonardo Nochang Heck, Gabriela Fischer Armani, Luiz Fernando Gomes Esteves, Marcela Pereira Pedro 169

1 Introdução 170
2 Metodologia 173
3 Resultados 175
3.1 Direito à moradia 176
3.1.1 Ações possessórias gerais 176
3.1.2 Ações possessórias contra populações indígenas 179
3.2 Assistência social 180
3.2.1 A suspensão de cortes do Programa Bolsa Família 181
3.2.2 Auxílio Emergencial 182
3.2.3 Benefício de Prestação Continuada (BPC) 183
3.2.4 Alimentação 185
3.3 Fornecimento de energia elétrica 186
3.4 Ensino privado 188
3.5 Planos de saúde 189
3.6 Legislação trabalhista 190
3.7 Saques do FGTS 192
4 Discussão 193
5 Conclusão 197
Referências 198

Neurorights as a new manifestation of the protection of the dignity of the human person in Brazil
Alisson Alexsandro Possa, Laura Schertel Mendes 211

Introduction 212
1 Neurotechnologies and new risks 213
2 Proposals for neurorights 215
2.1 Cognitive freedom or cognitive liberty 217
2.2 Neuroprivacy 218
2.3 Mental integrity 218
2.4 Psychological continuity 219
2.5 Are neurorights new fundamental rights? 220
3 A framework for the protection of neurorights grounded on constitutional protection of personality 221
3.1 Free personality development and cognitive freedom 224
3.2 The right to physical and mental integrity and its relationships with mental integrity and psychological continuity 227
4 The right to privacy and protection of personal data and the right to neuroprivacy 228
Conclusions 233
References 235

SEÇÃO TEMÁTICA ESPECIAL CPDP LATAM

DOUTRINA ESTRANGEIRA

Constitucionalismo digital y responsabilidad civil: Una nueva gramática para la protección de derechos en las plataformas digitales
Rodrigo Ardissom de Souza 241

Introducción 241

Capítulo 1 ¿Existe un constitucionalismo digital? 244
1.1 La concentración de poder en las plataformas digitales 244
1.2 Principios y desafíos del constitucionalismo digital 246
1.3 Derechos emergentes en el constitucionalismo digital 249
Capítulo 2 Eficacia horizontal de los derechos fundamentales 256
Capítulo 3 La reforma del Código Civil y la responsabilidad de las plataformas 259
Consideraciones finales – Responsabilidad Civil y Constitucionalismo Digital: convergencia de enfoques 265
Bibliografia 269

DOUTRINA NACIONAL

Câmeras corporais e tratamento de dados pessoais: adequação ao princípio da finalidade em editais de contratação pelas polícias militares no Brasil
Horrara Moreira, Pedro Saliba, Rafael Zanatta 275

1 Introdução 276
2 Metodologia 279
2.1 Definições 279
2.2 Recorte de pesquisa 281
2.3 Coleta de dados 282
2.4 Sistematização dos dados 284
3 Discussão dos dados analisados 286
4 Finalidades e usos primários no tratamento de dados pessoais de câmeras corporais 288
4.1 Finalidades e usos primários de dados pessoais 292
4.2 Usos secundários e tratamento de dados na segurança pública: potenciais e riscos 293
5 Considerações finais 295
Referências 297

A governança de dados na construção das cidades inteligentes: a experiência do município de Niterói/RJ
Daniela Juliano Silva 301

1 Introdução 301
2 Cidades inteligentes: conceitos, perspectivas e dificuldades 303
3 A Internet das Coisas (*IoT*): interconectividade na governança urbana 308
4 Niterói/RJ: a quinta cidade mais inteligente do Brasil 312
5 Considerações finais 319
Referências 320

RESENHA

The Collaborative Constitution – Aileen Kavanagh
Carlos Alberto Molinaro 325

I Introdução 325
II Breve percurso panorâmico da obra 327
III A visão colaborativa da Constituição 333
IV Conceito de constitucionalismo colaborativo e a investigação politemática da obra 337
V Méritos e insuficiências 339
VI Considerações finais 340
VII Glossário de termos-chave 342
Referências 344

Normas editoriais 345

Table of Contents

Editorial 15

FOREIGN DOCTRINE

The Interpretation and development of Private Law in an ecological perspective
Jörg Neuner 19

NATIONAL DOCTRINE

Redefining Minimum Income Support in Brazil in Times of Crisis and Transition
Ingo Wolfgang Sarlet, Jeferson Ferreira Barbosa 75

Public Policies and Obstetric Violence: An Analysis of the Evidence in the Light of the Law Against Obstetric Violence in the State of Santa Catarina
Daniel Luciano Gevehr, Ana Cristina Tomasini 99

Informed Consent and the Protection of Patients' Personal Data: Informational Self-Determination in Telemedicine Apps in the Municipality of Teresina, Piauí, Brazil
Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, Jairo Victor Candeira Braga 117

For a Feminist Constitutional Epistemology: From the Influence of Androcentric Doxa to the Adoption of the Gender Perspective
Ticiane Louise Santana Pereira, Marcos Augusto Maliska 147

The Brazilian Supreme Federal Court and the Socioeconomic Impacts of Covid-19
Daniel Wei Liang Wang, Ezequiel Fajreldines dos Santos, Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda, Bruno da Cunha de Oliveira, Gabriela Tiemi Moribe, Leonardo Nochang Heck, Gabriela Fischer Armani, Luiz Fernando Gomes Esteves, Marcela Pereira Pedro 170

Neurorights as a New Manifestation of the Protection of the Dignity of the Human Person in Brazil
Alisson Alexsandro Possa, Laura Schertel Mendes 211

CPDP LATAM ESPECIAL THEMATIC SECTION

FOREIGN DOCTRINE

Digital Constitutionalism and Civil Liability: A New Grammar for the Protection of Rights on Digital Platforms
Rodrigo Ardissom de Souza 241

NATIONAL DOCTRINE

Body worn cameras and personal data: compliance of purpose principle by military police contracts in Brazil
Horrara Moreira, Pedro Saliba, Rafael Zanatta 275

Data Governance in the Construction of Smart Cities: The Experience of Niterói/RJ
Daniela Juliano Silva 301

BOOK REVIEW

The Collaborative Constitution – Aileen Kavanagh
Carlos Alberto Molinaro 325

Nota Editorial

A edição de número 51 da *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça* conta com uma novidade. Pela primeira vez, uma seção temática especial é publicada como parte de uma edição regular da Revista. A seção temática comporta os artigos em língua portuguesa da chamada de artigos da CPDP LatAm 2024. A Revista publica desde 2020 os artigos da chamada especial temática anual da CPDP LatAm, organizada pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio, sob os professores Luca Belli e Nicolo Zingales. O tema da edição de 2024 é "Governança de Dados: da América Latina ao G20". A Conferência foi realizada em julho de 2024, sendo os artigos em inglês da mesma chamada publicados no International Data Privacy Law Journal.

Os artigos em português recebidos na chamada passaram por um processo de seleção inicial e depois foram submetidos à dupla avaliação cega regular da Revista. Na seção temática especial CPDP LatAm 2024, o artigo estrangeiro é de Rodrigo Ardissom de Souza, do Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México. Os artigos nacionais são de Horrara Moreira (FGV Direito Rio), Pedro Saliba (PUC-Rio) e Rafael Zanatta (USP); e de Daniela Juliano Silva (UFF-RJ).

Para além da seção especial, o artigo estrangeiro é de Jörg Neuner, da Universidade de Augsburg, Alemanha. Considerando todos os artigos nacionais da edição, 6 unidades federativas estão representadas. Os artigos nacionais são de Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS) e Jeferson Ferreira Barbosa (UFRGS); Daniel Luciano Gevehr (FACCAT-RS) e Ana Cristina Tomasini (FACCAT-RS); Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima (UFPI) e Jairo Victor Candeira Braga (UFPI); Marcos Maliska (UniBrasil-PR), Ticiane Louise Santana Pereira (UniBrasil-PR); Daniel Wei Liang Wang (FGV Direito SP), Ezequiel Fajreldines dos Santos (FGV Direito SP), Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda (FGV Direito SP), Bruno da Cunha de Oliveira (FGV Direito SP), Gabriela Tiemi Moribe (FGV Direito SP), Leonardo Nochang Heck (Universidade de Hamburgo, Alemanha), Gabriela Fischer Armani (Universidade de Harvard, EUA), Luiz Fernando Gomes Esteves (Insper-SP), Marcela Pereira Pedro (USP); Alisson Possa (IDP-DF), Laura Schertel Mendes (IDP-DF).

Carlos Alberto Molinaro (PUCRS, emérito) é o autor da resenha de literatura.

Como sempre, desejamos a todos uma excelente leitura.

Prof. Dr. Ingo W. Sarlet
Prof. Dr. Ivar A. Hartmann

RBDFJ51_MIOLO.indd 13 13/02/2025 10:04:28

Editorial

Issue number 51 of the *Brazilian Journal of Fundamental Rights and Justice* features a new development. For the first time, a special topic section is published as part of a regular issue of the Journal. This special section includes the Portuguese-language articles from the CPDP LatAm 2024 call for papers. Since 2020, the Journal has published articles from CPDP LatAm's annual special thematic call, organized by the Center for Technology and Society at FGV Direito Rio, Profs. Luca Belli and Nicolo Zingales. The theme of the 2024 edition is "Data Governance: From Latin America to the G20." The conference took place in July 2024, with the English-language articles from the same call published in the *International Data Privacy Law Journal*.

The Portuguese-language articles submitted to the call for papers underwent an initial selection process and were then subjected to the Journal's regular double-blind peer review. In the special topic section *CPDP LatAm 2024*, the international article is by Rodrigo Ardissom de Souza from the Center for Research and Teaching in Economics (CIDE), Mexico. The national articles are by Horrara Moreira (FGV Direito Rio), Pedro Saliba (PUC-Rio), and Rafael Zanatta (USP); and by Daniela Juliano Silva (UFF-RJ).

In addition to the special section, the international article is by Jörg Neuner from the University of Augsburg, Germany. When all national articles are accounted, a total of 6 Brazilian states are represented. The national articles are by Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS) and Jeferson Ferreira Barbosa (UFRGS); Daniel Luciano Gevehr (FACCAT-RS) and Ana Cristina Tomasini (FACCAT-RS); Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima (UFPI) and Jairo Victor Candeira Braga (UFPI); Marcos Maliska (UniBrasil-PR) and Ticiane Louise Santana Pereira (UniBrasil-PR); Daniel Wei Liang Wang (FGV Direito SP), Ezequiel Fajreldines dos Santos (FGV Direito SP), Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda (FGV Direito SP), Bruno da Cunha de Oliveira (FGV Direito SP), Gabriela Tiemi Moribe (FGV Direito SP), Leonardo Nochang Heck (University of Hamburg, Germany), Gabriela Fischer Armani (Harvard University, USA), Luiz Fernando Gomes Esteves (Insper-SP), Marcela Pereira Pedro (USP); and Alisson Possa (IDP-DF) with Laura Schertel Mendes (IDP-DF).

Carlos Alberto Molinaro (PUCRS, Emeritus) is the author of the literature review.

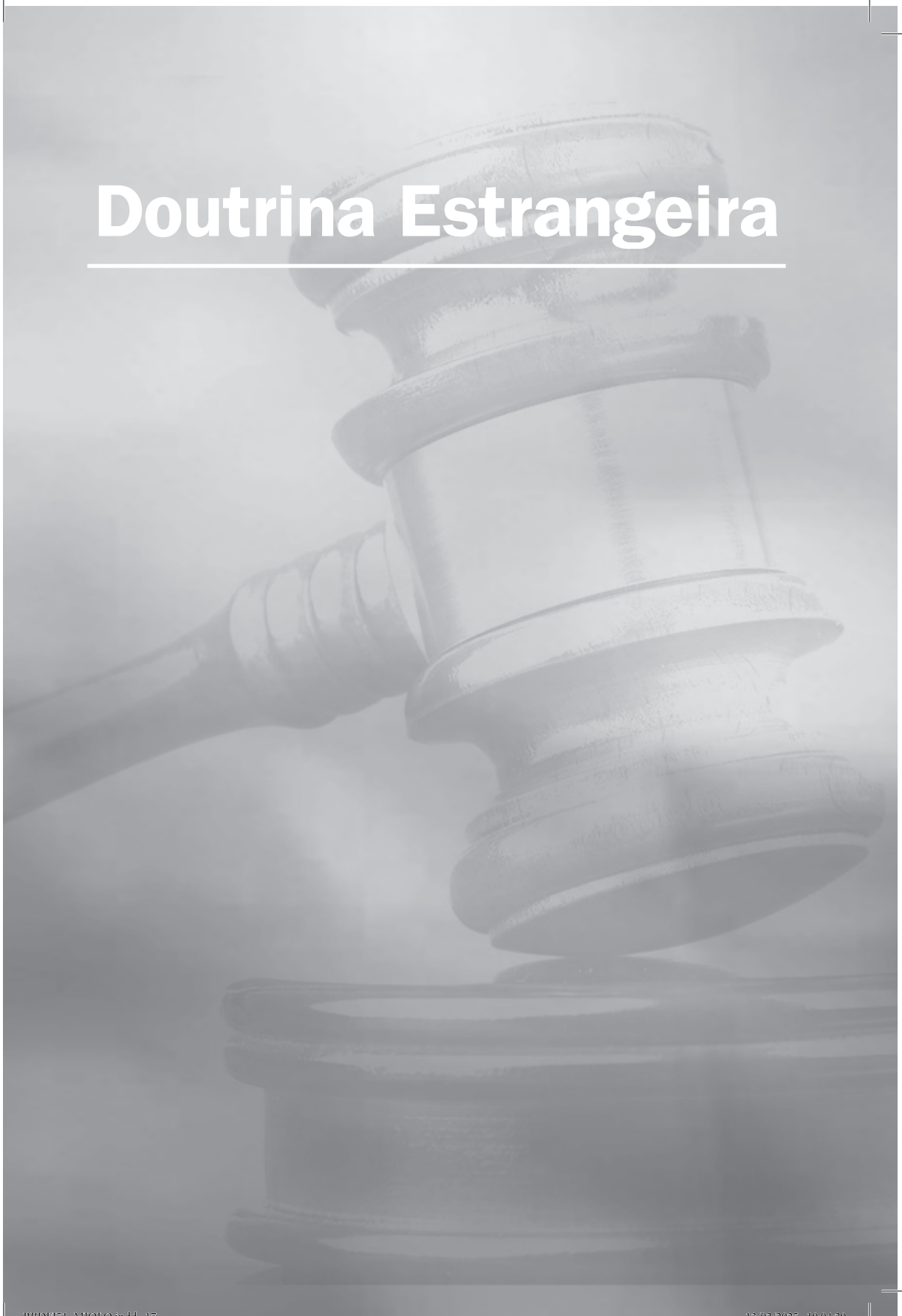
As always, we wish everyone an excellent read.

Prof. Dr. Ingo W. Sarlet
Prof. Dr. Ivar A. Hartmann

RBDFJ51_MIOLO.indd 15 13/02/2025 10:04:28

RBDFJ51_MIOLO.indd 16 13/02/2025 10:04:29

Doutrina Estrangeira



RBDFJ51_MIOLO.indd 18 13/02/2025 10:04:29

A INTERPRETAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECOLOGICAMENTE ORIENTADO DO DIREITO PRIVADO*

Jörg Neuner
Professor de Direito Civil, Filosofia do Direito e Direito Médico da Universidade de Augsburg.

Resumo: O texto discute as possibilidades de interpretação e desenvolvimento do Direito Privado numa perspectiva ecológica apta a servir como instrumento efetivo da proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Direito Privado. Interpretação. Ecologia. Proteção Ambiental. Criação e Desenvolvimento do Direito.

Sumário: **I** Introdução – **II** Prolegômenos metodológicos – **III** Sistema jurídico multinível – **IV** Direito Privado Ambiental – **V** Reformas – Referências

I Introdução

A escolha do tema da minha palestra é tudo menos original. Há mais de 50 anos, já havia uma discussão intensa no Direito Civil sobre qual a contribuição que o Poder Judiciário pode dar para melhorar a proteção ambiental.[1] Apenas uma década mais tarde, porém, surgiram queixas de que o aparente clima de avanço tinha se mostrado um mero *fogo de palha*.[2] Nas décadas seguintes, surgiram alguns estudos pioneiros,[3] diversas propostas de reforma[4] e, em 1991, a Lei de

* Tradução do original "Die ökologisch orientierte Auslegung und Fortbildung des Privatrechts", in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 2024, S. 127-158.

1 Veja, entre outros, DIEDERICHSEN, BB, 1973, 485 ss.; SIMITIS, VersR, 1972, 1087 ss.; G. ROTH, NJW, 1972, 921 ss.

2 KÖNDGEN, UPR, 1983, 345 ss. (345).

3 Veja, entre outros, LEIMBACHER, *Die Rechte der Natur*, 1988; GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*, 1989; Seibt, *Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden*, 1994; MEIER, *Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts*, 1995; KADNER, *Der Ersatz ökologischer Schäden*, 1995; BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte*, 1998; KÜHN, *Umweltschutz durch Privatrecht*, 2007; Halfmeier, AcP, 216 (2016), 717 ss.

4 Veja detalhes na nota de rodapé 72.

RBDFJ51_MIOLO.indd 19 13/02/2025 10:04:29

Responsabilidade Ambiental.[5] Entretanto, o interesse científico geral permaneceu limitado. Até hoje, pouco se investigaram as consequências reais das distintas normas jurídicas para o meio ambiente. O legislador alemão ainda não é sequer obrigado a examinar mais detalhadamente a compatibilidade ambiental das propostas legislativas, como o art. 6, nº 4, da Lei Europeia do Clima impõe à Comissão.[6] Enquanto que os conhecimentos empíricos podem mostrar principalmente ao Poder Legislativo opções de ação e urgências ecológicas, os conhecimentos jusmetodológicos visam orientar primordialmente o Poder Judiciário e diferenciar o que é juridicamente viável daquilo que é politicamente desejável. Até que ponto as opiniões jurídicas divergem neste caso é mostrado por uma ação judicial atual movida pelo Greenpeace na qual a salvaguarda da liberdade intertemporal é elevada à condição de bem protegida pelo Direito Civil,[7] enquanto Gerhard Wagner, em um parecer privado para o grupo de empresas RWE, não considera os tribunais civis como as instâncias corretas para "decidir sobre a prevenção de danos ao meio ambiente".[8] Em termos de filosofia do Direito, poder-se-ia enriquecer esta controvérsia com teses sobre o *proprium* do Direito Privado ou, em termos de história do Direito, com dados sobre o sistema do Direito Privado, mas eu gostaria de evitar este terreno propenso à ideologia.[9] Meu interesse se concentra no Direito Privado vigente, na medida em que este compreende questões de proteção ambiental mediante interpretação ou ampliação, ou seja, visa a proteção das bases naturais da vida e a preservação dos ecossistemas.

5 BGBl. [*Bundesgesetzblatt* = Diário Oficial Federal] 1990 I p. 2634 ss.; também a Lei de Engenharia Genética [*Gentechnikgesetz*], BGBl. 1990 I p. 1080 ss.

6 Veja detalhes, também sobre o §43, 1, 5 em associação com o §44 do Regimento Comum do governo federal [GGO = *Gemeinsame Geschäftsordnung*] ("listagem lapidar") e sobre o Conselho Parlamentar de Desenvolvimento Sustentável ("tigre desdentado"), em DIETSCHE, ZRP, 2022, 21 ss.; além disso, Härtel, NuR, 2020, 577 ss. (579); BACH; KIENINGER, JZ, 2021, 1088 ss. (1088 com nota 4).

7 https://www.duh.de/klimaklagen/klimaklagen-gegen-unternehmen.

8 WAGNER, *Klimahaftung vor Gericht*, 2020, p. 133; veja também ibid., p. 115: "A separação de poderes democraticamente legitimada não deveria ser sacrificada sobre o altar de decisões judiciais motivadas pela ética baseada em convicções"; de modo semelhante em NJW, 2021, 2256 ss.; de maneira bem mais nuançada, porém, em WAGNER, NuR, 1992, 201 ss., especialmente na p. 209 a respeito da alternativa de uma ação coletiva de organizações ecológicas privadas, bem como na p. 210: "Compensar esse ponto fraco do Direito Público –a impossibilidade de evitar danos ambientais graves – é uma tarefa genuína do Direito Privado, para a qual, contudo, até agora o Direito de Responsabilidade não estava suficientemente equipado".

9 Quanto à crítica do Direito Privado do Meio Ambiente e à refutação dela, veja CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht*, 2022, p. 163 ss.; quanto à persecução admissível de metas de sustentabilidade, veja também HELLGARDT; JOUANNAUD, AcP, 222 (2022), 164 ss. (181 ss.).

RBDFJ51_MIOLO.indd 20 13/02/2025 10:04:29

II Prolegômenos metodológicos

Para poder demonstrar a importância e o alcance da proteção ambiental através da interpretação e ampliação do Direito Privado, pelo menos três posições metodológicas centrais devem ser expostas de antemão.

1 Interpretação *versus* ampliação do Direito

Falo de uma interpretação ecologicamente orientada quando uma interpretação pode ser remontada ao texto das normas e à vontade do legislador. Caso contrário, trata-se de uma ampliação ou desdobramento da lei, que implica ônus argumentativos maiores, mas não está sujeito a qualquer reserva legal, porque e na medida em que interesses conflitantes de atores com direitos iguais têm de ser equilibrados[10]. Entretanto, não existem, de qualquer modo, lacunas legais significativas e não planejadas no Direito Privado Ambiental.

2 Regras *versus* princípios

Muitas normas de proteção do meio ambiente não são regras, mas sim princípios na acepção de imperativos de otimização. Em princípio, dá-se prioridade às normas legais e à vontade específica do legislador nelas expressa, que não deve ser comprometida mediante recurso a princípios jurídicos gerais. O Tribunal Constitucional Federal (TCF [*Bundesverfassungsgericht*]) sublinha, com razão, que "uma interpretação que ignore a vontade claramente perceptível do legislador interfere inadmissivelmente nas competências do legislador democraticamente legitimado".[11] Da mesma forma, no Direito da União Europeia, a intenção regulatória do legislador é primordialmente decisiva[12] para garantir máximas democráticas e manter o equilíbrio institucional. Portanto, em todos os níveis da pirâmide normativa, deve haver um primado do patamar das regras sobre o dos princípios.

---

[10] Mais detalhes em NEUNER, ZfPW, 2022, 257 ss. (260 ss.).

[11] BVerfG [*Bundesverfassungsgericht* = Tribunal Constitucional Federal], NJW, 2019, 351 ss. (31); 2018, 2542 ss. (73); veja ainda BGH [*Bundesgerichtshof* = Supremo Tribunal Federal], NJW, 2021, 779 ss. (22); BAG [*Bundesarbeitsgericht* = Tribunal Federal do Trabalho], NZA, 2021, 1581 ss. (90).

[12] RIESENHUBER, *Europäische Methodenlehre*, 4. ed., 2021, §10, Rn. 11, 32 ss., 53; HÖPFNER; RÜTHERS, AcP, 209 (2009), 1 ss. (13 ss.); NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, 1998, p. 193; outra opinião, p. ex., em HENNINGER, *Europäisches Privatrecht und Methode*, 2009, p. 375 s.; também o Tribunal de Justiça da União Europeia [EuGH = *Europäischer Gerichtshof*] leva cada vez mais em consideração os materiais legais, como se pode ver exemplarmente em EuGH, 28.5.2020 – Processo C-796/18 (Sociedade de Informática para o Desenvolvimento de Software), ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 33.

RBDFJ51_MIOLO.indd 21 13/02/2025 10:04:29

3 Eficiência *versus* suficiência

No contexto de uma interpretação teleológica, interesses dos indivíduos ou do bem comum podem colidir com a proteção do meio ambiente e uma conservação sustentável dos recursos. Contudo, a análise econômica tradicional só ajuda até certo ponto na ponderação necessária, uma vez que preocupações existenciais, incluindo a justiça distributiva, são afetadas e muitas vezes não é possível precificar danos ambientais.[13] Nem a proteção das espécies nem a da paisagem são passíveis de uma mera análise de eficiência que tente apurar custos e benefícios. A proteção ambiental sustentável começa justamente com a percepção de que a natureza "está acima de todo preço e, portanto, não admite qualquer equivalente".[14]

III Sistema jurídico multinível

Para podermos definir com maior precisão a orientação ecológica do Direito Privado, devemos olhar para o sistema multinível do Direito de Proteção Ambiental.[15]

1 Direito Internacional

Em nível internacional existem, entrementes, numerosos tratados do Direito Internacional para a proteção do meio ambiente,[16] que assumem o estatuto de lei federal mediante o art. 59, nº 2, da Lei Fundamental (LF).

a) Sustentabilidade unidimensional

Em termos de Direito material, uma das mais importantes convenções é o Acordo de Paris,[17] no qual os Estados contraentes se comprometem a mitigar a

[13] Mais detalhes em BACH; KIENINGER, JZ, 2021, 1088 ss. (1090 ss.); SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht*, 2023, p. 18 ss. (especialmente também sob o aspecto da descontinuação).

[14] KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, BA 77: "O que tem um preço também pode ser substituído por outro que lhe seja equivalente; o que, por outro lado, está acima de todo preço e, portanto, não admite qualquer equivalente, isso tem uma dignidade"; quanto ao aprofundamento dessa abordagem, veja JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, 1979, p. 26 ss. (29): "[...] isso significa ampliar o reconhecimento de 'fins em si mesmos' para além da esfera do ser humano [...]".

[15] Especificamente quanto ao Direito de Proteção Ambiental no sistema multinível, veja SCHLACKE, NVwZ, 2022, 905 ss.; HILBERT, ZUR, 2023, 259 ss.

[16] Exposição pormenorizada em KLOEPFER; DURNER, *Umweltschutzrecht*, 3. ed., 2020, §6 Rn. 26 ss.

[17] Abordagem monográfica em BISCHOF, *Das Pariser Klimaschutzabkommen*, 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 22 13/02/2025 10:04:29

mudança climática de diversas formas.[18] Não há referências metodológicas de que os sujeitos privados também estejam vinculados ao Acordo de Paris.[19] Além disso, as respectivas metas das contribuições nacionais para a redução não precisam ser alcançadas (art. 4, nº 2, do Acordo de Paris), de modo que, neste sentido, o Acordo, incluindo o Regulamento de Governança da eu,[20] permanece juridicamente não vinculativo.[21] O direito a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável, reconhecido pela ONU em 28 de julho de 2022,[22] tampouco é juridicamente vinculativo. Apenas alguns direitos humanos tradicionais que abrangem aspectos ecológicos[23] fundamentam deveres de proteção essenciais à sobrevivência, como o abastecimento básico de água.[24]

Do ponto de vista processual, além das obrigações decorrentes do Acordo de Paris (obrigações de apresentação de relatórios, etc.), a Convenção de Aarhus e sua implementação pela UE são particularmente significativas. O Acordo levou à criação da Lei sobre Recursos em Matéria de Meio Ambiente [*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*] em nível nacional,[25] que, no entanto, não prevê proteção jurídica direta entre sujeitos privados. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre ações judiciais de acordo com o art. 9, nº 3 da Convenção de Aarhus, até agora, afetou apenas decisões de autoridades públicas.[26] É controverso se o art. 9,

---

18 Veja quanto às conferências mundiais subsequentes sobre o clima em Glasgow (COP 26) e Sharm el Sheikh (COP 27 com introdução de um fundo para danos climáticos), MEHLING; BAUSCH, KlimR, 2022, 22 ss.; REEH, IR, 2022, 313 ss.; veja ainda, entre outras, a Convenção sobre Diversidade Biológica (*Convention on Biological Diversity*) bem como a Lei sobre o Acordo de 5.6.1992 sobre Diversidade Biológica, BGBl. II 1993, p. 1741.

19 Também o Rechtbank Den Haag, em seu julgado de 26.5.2021 sobre a redução de emissões de CO2 da empresa Shell (Az.: C/09/571932 / HA ZA 19-379 ECLI:NL:RBDHA:2021:5337), não apoiou a obrigação de redução no Acordo de Paris, e sim no "unwritten standard of care from the applicable Book 6 Section 162 Dutch Civil Code [padrão não escrito de cuidado do Livro 6, Seção 162 do Código Civil Holandês que se aplica ao caso]", em associação com, entre outros, os art. 2, 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; diferentemente, por outro lado, o autor da ação diante do Tribunal de 1ª Instância de Detmold, BeckRS, 2023, 2862 (6: "emissor de grande porte semelhante a um Estado").

20 Cf. art. 32 do Regulamento ("Recomendações"); além disso, SCHLACKE, NVwZ, 2022, 905 ss. (906).

21 FRANZIUS, ZUR, 2017, 515 ss. (520: "Ele não estatui *obligations of result*, e sim *obligations of conduct*"); ABEL, NJW, 2023, 2305 ss. (2307).

22 UN Doc A/RES/76/300.

23 Detalhes quanto a essa questão em EHEMANN, *Umweltgerechtigkeit*, 2020, p. 122 ss.

24 SCHULZE-FIELITZ, in: DREIER, GG, 3. ed., 2015, Art. 20a Rn. 13 (sobre art. 6º, nº 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos); BREUER; GÄRDITZ, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 4. ed., 2017, Rn. 223 (sobre o direito humano à água).

25 Cf. panorama, incluindo numerosos ajustes posteriores, em GUCKELBERGER, NuR, 2020, 149; recentemente, Regulamento (UE) nº 2021/1767 de 6.10.2021 sobre alteração do Regulamento (CE) nº. 1367/2006 (entre outras, com possibilidade adicional de mover ação em consonância com o art. 11, 1a, b: "ao menos 4 mil representantes da opinião pública [...]").

26 Em tempos recentes, EuGH Rs. C-873/19 (Deutsche Umwelthilfe) ECLI:EU:C:2022:857 1ª Diretriz: o art. 9, nº 3 da Convenção de Aarhus, em associação com o art. 47 da Carta dos Direitos Fundamentais, "deve ser interpretado no sentido de que uma organização ambientalista que, segundo o Direito nacional, tem legitimidade para interpor recursos, não pode [...] ser impedida de contestar uma decisão da administração

RBDFJ51_MIOLO.indd 23 13/02/2025 10:04:29

nº 3 dessa Convenção também abre a possibilidade de ação direta de associações ecológicas contra sujeitos privados.[27] Em todo caso, medidas cautelares e pedidos de supressão de acordo com os §§1004, nº 1 e 823, nº 1 do Código de Direito Civil não se baseiam em quaisquer "disposições ambientais" originais nos moldes do art. 9, nº 3 da Convenção de Aarhus.[28]

b) Sustentabilidade tridimensional

O princípio da sustentabilidade tridimensional deve ser diferenciado das normas internacionais que são puramente orientadas pelo meio ambiente.[29] Ele visa a um controle sustentável de parâmetros sociais, econômicos e ecológicos, levando em consideração a justiça intra e intergeracional. Como princípio orientador, o "modelo dos três pilares" da sustentabilidade pode ser estendido principalmente à gestão de instituições e empresas privadas,[30] uma extensão que já está expressa no posicionamento da Assembleia Geral da ONU sobre o Relatório Brundtland de 1987.[31] Entrementes, 77% das empresas cotadas em bolsa em todo o mundo efetuam pagamentos de bônus a lideranças dependentes do cumprimento dos

pública com a qual se emite ou altera uma homologação de veículos na Comunidade Europeia"; com notas, GUCKELBERGER; MITSCHANG, NJW, 2022, 3747 ss.; v. também SOBOTTA, EuZW, 2023, 75 ss. (76): "Sobretudo, porém, o julgado abre a porta para ações coletivas ambientais na área de aprovação de produtos. [...] Em especial quando exigências jusambientais não estão sujeitas a uma obrigação de autorização, como, p. ex., a produção, importação ou comercialização da maioria das substâncias químicas segundo o art. 5 do Regulamento 2006/1907, seria concebível que organizações ecológicas acionem diretamente as respectivas empresas"; quanto à capacidade processual de uma organização ambiental contra um plano de controle da poluição do ar, veja BVerwGE [*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* = Decisões do Tribunal Administrativo Federal] 147, 312 ss.; VG Berlin [Tribunal Administrativo de Berlim], NVwZ, 2020, 1289 ss. (84): "Uma capacidade processual também não resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo 'Protect' [...] Mesmo partindo da suposição de que uma organização ecológica possa, com base nisso, requerer um controle jurídico objetivo do cumprimento do Direito Ambiental europeu [...], isso não fundamenta [...] uma capacidade processual, pois a meta de proteção climática de 2020 não se assenta me normas do Direito europeu"; posição crítica sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em RUFFERT, DVBl. 2019, 1033 ss.

27 Veja abaixo na nota 243.

28 Pormenores em BOERSTRA; RÖMLING, EurUP 2022, 30 ss. (39 ss., 40: de forma mediata ou reflexa não é suficiente); quanto à exclusão da proteção jurídica consoante ao §4, nº. 1, 10 da Lei de Proteção Climática, posição crítica em LANGE, AöR, 147 (2022), 264 ss. (269 ss.); FRANZIUS, ZUR, 2023, 199 ss. (203 s.).

29 Mais complexos ainda são os 17 objetivos globais de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030, os *UN-Sustainable Development Goals* (SDGs; exemplar para o Direito Privado é o objetivo 12: "Garantir padrões sustentáveis de consumo e produção"); detalhes quanto a essa questão em HUCK; KURKIN, ZaöRV, 2018, 375 ss. (423): "Os ODS em si ainda não estão produzindo, pelo menos atualmente, qualquer efeito juridicamente vinculante. [...] Existem iniciativas para a formação de [...] princípios jurídicos nos moldes do art. 38, nº 1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça".

30 Abordagem monográfica em MITTWOCH, *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht*, 2022.

31 UNGENERAL ASSEMBLY, Report of the World Commission on Environment and Development, 11.12.1987, UNDoc. A/RES/42/187 (Preâmbulo); quanto ao desenvolvimento do conceito de sustentabilidade, pormenores em KMENT, *Die Neujustierung des Nachhaltigkeitsprinzips im Verwaltungsrecht*, 2019, p. 5 ss.; GEHNE, *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip*, 2011, p. 11 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 24 13/02/2025 10:04:29

critérios ESG.[32] Em termos de conteúdo, todos os três pilares têm peso igual, como sublinha a ONU em sua "Agenda 2030".[33] A primazia do componente ecológico nos moldes de uma regra interpretativa "*in dubio pro natura*" não é predeterminada em termos do Direito Internacional, até porque existem limites de sobrecarga e dependências mútuas em todas as três ordens.[34] É duvidoso que o princípio da sustentabilidade, com sua grande abertura e imprecisão, já possa ser classificado como Direito Consuetudinário e, portanto, como uma regra geral do Direito Internacional em consonância com o art. 25 da Lei Fundamental.[35] A teoria predominante fala apenas em *soft law*, que, entretanto, também pode ser levada em conta em diversas possibilidades interpretativas no âmbito intraestatal devido ao imperativo de uma interpretação compatível com o Direito Internacional.[36]

2 Direito europeu

Independentemente desta classificação teórica de fontes jurídicas, o princípio do desenvolvimento sustentável adquire força vinculativa como princípio jurídico da UE.[37]

a) Direito da União Europeia

"Sustentabilidade" é um conceito-chave tanto no Direito primário quanto no Direito secundário.

---

[32] *Süddeutsche Zeitung*, 22.2.2023 (fazendo referência a um estudo da empresa de consultoria WTW).

[33] Veja o Preâmbulo e a Introdução à "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", UN Doc A/RES/70/1 Intr. 2.: "Estamos empenhados em alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada" [versão em português: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf]; quanto ao Direito europeu, v. FRENZ, *Europarecht*, 3. ed., 2021, Rn. 1186; quanto ao art. 20a da Lei Fundamental, veja abaixo na nota 86; outra opinião (apodíctica) em SCHIRMER, ZeuP, 2021, 35 ss. (41, assim como, de modo analogamente não substanciado, quanto à primazia *prima facie* da conservação da inércia na p. 40); quanto à discussão sobre sustentabilidade em sentido "fraco" (o desenvolvimento econômico é um pressuposto da proteção ambiental) e "forte" (a proteção ambiental é um pressuposto do desenvolvimento econômico), v. MATHIS, *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit*, 2017, p. 166 ss.

[34] POPP, *Nachhaltigkeit und direkte Demokratie*, 2021, p. 37 s.; BEAUCAMP, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, 2002, p. 20; MITTWOCH, *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht* (*supra* nota 30), p. 31 s.; outra opinião em MATHIS, *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit* (*supra* nota 33), p. 203 ("posição primordial").

[35] Quanto às opiniões correntes, v. MATHIS, *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit* (*supra* nota 33), p. 210 ss.; PROELSS, *Internationales Umweltrecht*, 2. ed., 2022, seção 3, 64.

[36] V. detalhes em REILING, ZaöRV, 2018, 311 ss. (311 ss.).

[37] Abordagem mais detalhada em MITTWOCH, *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht* (*supra* nota 30), p. 73 ss.; EHEMANN, *Umweltgerechtigkeit* (*supra* nota 23), p. 142 ss.; MATHIS, *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit* (*supra* nota 33), p. 220 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 25 13/02/2025 10:04:29

aa) Direito primário

De acordo com o art. 3, nº 3 e 5, do Tratado da União Europeia (TUE), a União busca o desenvolvimento sustentável da Europa em consonância com o "modelo dos três pilares",[38] além de dar uma contribuição em nível global para o desenvolvimento sustentável e alinhar sua política externa em conformidade com ele (art. 21, nº 2 d, f do TUE). Além disso, o art. 11 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (em conjugação com o art. 191 do mesmo Tratado), flanqueado pelo art. 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), garante a sustentabilidade ecológica de uma forma puramente unidimensional e intersetorial.[39] Segundo esta chamada cláusula transversal ou de integração, os requisitos da proteção ambiental devem ser incluídos na definição e implementação de todas as políticas e medidas.

Consequentemente, os princípios de proteção ambiental do Direito da União também devem ser levados em consideração da melhor maneira possível na definição das leis, e ainda de modo consistente no sistema multinível. O Direito primário deve ser interpretado, em todas as facetas, de forma ambientalmente compatível[40] e, nesta dimensão, constitui ao mesmo tempo a referência para uma interpretação ou ampliação do Direito secundário em conformidade com o Direito primário.[41] O imperativo de tal interpretação conforme ao sistema tem continuidade no Direito nacional, que, por sua vez, deve, tanto quanto possível, ser interpretado ou desdobrado em conformidade com o Direito da União Europeia.[42]

No entanto, o legislador comunitário só controla os tribunais da UE de modo muito comedido.[43] A preservação dos princípios de proteção ambiental está sujeita tão somente a um teste de evidência. Isto se aplica à implementação da cláusula transversal do art. 11 do TFUE,[44] bem como às definições de objetivos do art. 3 do TUE,[45] de modo que o legislador dispõe de uma ampla margem de apreciação.

[38] Veja também o Considerando 8 do Preâmbulo do Tratado da União Europeia.

[39] Cf. NETTESHEIM, in: GRABITZ; HILF; NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, 78. EL [*Ergänzungslieferung* = Suplemento] Januar 2023, Art. 11 AEUV [*Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* = Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] Rn. 21; KAHL, in: STREINZ, EUV/AEUV, 3. ed., 2018, Art. 11 AEUV Rn. 22, com referências adicionais.

[40] Veja também KAHL, in: STREINZ, EUV/AEUV (*supra* nota 39), Art. 11 AEUV Rn. 29, com referências adicionais.

[41] EuGH Rs. C-513/99 (Concordia Bus) Slg. [*Sammlung der Rechtsprechung* = Coletânea da Jurisprudência] 2002, I-7213 Rn. 57; HALFMEIER, AcP, 216 (2016), 717 ss. (726); NEUNER, in: RIESENHUBER, *Europäische Methodenlehre* (*supra* nota 12), §12 Rn. 43 ss.

[42] KAHL, in: STREINZ, EUV/AEUV (*supra* nota 39), Art. 11 AEUV Rn. 31; SCHIRMER, ZeuP, 2021, 35 ss. (40).

[43] Cf. EVERLING, Festschrift Gündisch, 1999, p. 89 ss. (91 ss.).

[44] NETTESHEIM, in: GRABITZ; HILF; NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union* (*supra* nota 39), Art. 11 AEUV Rn. 23 s.; KAHL, in: STREINZ, EUV/AEUV (*supra* nota 39), Art. 11 AEUV Rn. 55, com referências adicionais.

[45] RUFFERT, in: CALLIESS; RUFFERT, EUV/AEUV, 6. ed., 2022, Art. 3 EUV Rn. 5; UKROW, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, 1995, p. 148, com referências adicionais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 26 13/02/2025 10:04:29

O Direito da UE não contempla um direito a um ambiente intacto que seja diretamente demandável. Contém apenas garantias parciais de proteção ambiental através dos direitos fundamentais à vida, à integridade ou à propriedade consagrados na Carta (art. 2, 3 e 17 da CDFUE em associação com o art. 6, nº 1 do TUE).[46] Além disso, estes direitos fundamentais não se destinam a sujeitos privados[47] e, assim como os princípios de proteção ambiental do Direito primário,[48] não têm, em princípio, eficácia horizontal.[49] Até agora, o TJUE só aceitou uma obrigação estatal de proteção na área da livre circulação de mercadorias (em relação a protestos violentos por parte de agricultores franceses contra a importação de produtos de outros Estados-Membros).[50]

A isso se acrescenta que, do ponto de vista processual, o TJUE interpreta a capacidade processual de forma restritiva nos moldes da "fórmula Plaumann".[51] Metodologicamente, o fracasso de propostas contrárias de reforma legislativa depõe a favor desta interpretação.[52] Por isso, uma ação de nulidade nos termos do art. 263 do TFUE, dirigida contra o pacote climático da UE de 2018 e suas licenças de emissão, foi declarada inadmissível por ausência de interesse individual.[53] Portanto, sem querer comparar mais de perto os dois processos, o TJUE acaba julgando de forma mais restritiva do que o Tribunal Constitucional Federal alemão, que chega a admitir um direito de interposição de recurso mediante a suposição de um "efeito prévio semelhante a uma violação".[54]

---

46 Uma interpretação extensiva é preconizada em FRENZ, EuR, 2022, 3 ss.

47 Segundo o art. 51, nº 1 da CDFUE, além dos órgãos da União Europeia, os Estados-Membros também são obrigados a executar o Direito da União.

48 Quanto ao art. 37 da CDFUE, veja JARASS, ZUR, 2011, 563 ss. (564).

49 A menos que sirvam à proteção fundamental da dignidade humana, como as proibições da escravidão ou do trabalho infantil (art. 5, 32, 1, 1 da CDFUE); cf. SPIESSHOFER, NJW, 2014, 2473 ss. (2475); quanto à eficácia horizontal direta do art. 1 da CDFUE (dignidade humana), abordagem acertada em BOROWSKY, in: MEYER; HÖLSCHEIDT, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. ed., 2019, Art. 1 Rn. 43; veja ainda, quanto ao art. 21, 1 da CDFUE, EuGH Rs. C-414/16 (Egenberger) ECLI:EU:C:2018:257 bem como, quanto ao art. 31 da mesma Carta, EuGH Rs. C-569/16 (Bauer) ECLI: EU:C:2018:871.

50 EuGH Rs. C-265/95 (Comissão/França) Slg. 1997, I-6959 Rn. 30 ss.; veja também (mas, *in concreto*, negando um dever de proteção mediante referência à ampla margem de apreciação dos Estados-Membros), EuGH Rs. C-112/00 (Schmidberger) Slg. 2003, I-5659 Rn. 58 ss.

51 EuGH Rs. C-25/62 (Plaumann) ECLI:EU:C:1963:17, 4ª Diretriz: "Quem não é destinatário de uma decisão só pode alegar ser atingido por ela individualmente se essa decisão o afetar por causa de determinadas qualidades pessoais ou por circunstâncias especiais que o destaquem do círculo de todas as outras pessoas e, por isso, o individualizar de modo semelhante ao destinatário".

52 Vgl. BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte* (*supra* nota 3), p. 211 ss.

53 Cf. EuGH Rs. C-565/19 P (Carvalho) ECLI:EU:C:2021:252 Rn. 35 ss.; veja também, anteriormente, a resolução do EuG ECLI:EU:T:2019:324; do ponto de vista do Direito comparado sobre a Áustria (= *Verfassungsgerichtshof* = VfGH [Tribunal Constitucional] G 144/2020, falta de legitimação para requerimento) e a Suíça (BGE 146 I 145, ausência de relevância em termos de direitos fundamentais para a concessão de proteção jurídica individual), cf. POLZIN, DÖV, 2021, 1089 ss. (1090).

54 Veja detalhes abaixo nas notas 97 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 27 13/02/2025 10:04:29

bb) Direito secundário

Em nível de Direito secundário, as atividades legislativas se concentram, por um lado, em objetivos de sustentabilidade puramente ecológicos, como, p. ex., na Diretiva sobre Responsabilidade Ambiental,[55] na Diretiva sobre Emissões Industriais[56] ou também nas Diretivas relativas à Qualidade do Ar, que, porém, segundo o parecer do TJUE, não conferem quaisquer direitos individuais.[57] Por outro lado, a abordagem da sustentabilidade tridimensional é seguida no Regulamento sobre Minerais de Conflito[58] e, em particular, no art. 25, nº 1, do projeto de Diretiva sobre a Cadeia de Abastecimento da eu.[59] Na interpretação destas disposições de Direito secundário, o princípio da subsidiariedade constitui uma barreira especial à ampliação do Direito da União Europeia. Por conseguinte, os tribunais europeus não devem estabelecer, mediante ampliação do Direito, qualquer consequência jurídica ambientalmente relevante que o legislador da União também não pudesse promulgar como norma.[60]

b) CEDH

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) também não constitui um direito explicitamente demandável a um meio ambiente limpo e saudável.[61] Ela contém apenas garantias parciais de proteção ambiental, mediadas principalmente pelos direitos à vida, segundo o art. 2 da CEDH, e ao respeito pela vida privada e familiar, de acordo com o art. 8 dela.[62] A proteção se limita, portanto, a elementos

55 Diretiva 2004/35/CE de 21.4.2004 relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.

56 Diretiva 2010/75/UE de 24.11.2010 sobre emissões industriais.

57 EuGH Rs. C-61/21 (JP/Ministre de la Transition écologique) ECLI:EU:C:2022:1015 Rn. 67: "Os art. 13 e 23 da Diretiva 2008/50/CE [...] sobre qualidade atmosférica e ar limpo na Europa devem ser interpretados no sentido de não visarem conceder ao indivíduo direitos individuais que possam fundamentar um direito de indenização contra um Estado-Membro consoante ao princípio da responsabilidade do Estado por danos que surjam para o indivíduo em função de violações do Direito da União a serem atribuídas ao Estado"; opinião diferente em GA [*Gutachterin* = Parecerista] Kokott [Advogada-Geral do Tribunal de Justiça] Rs. C-61/21 ECLI:EU:C:2022:359.

58 Regulamento (UE) 2017/821 de 17.5.2017 que estabelece as obrigações referentes ao dever de diligência na cadeia de aprovisionamento que incumbe aos importadores da União de estanho, de tântalo e de tungstênio, dos seus minérios, e de ouro, provenientes de zonas de conflito e de alto risco.

59 Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD).

60 Pormenores em NEUNER, in: RIESENHUBER, *Europäische Methodenlehre* (*supra* nota 12), §12 Rn. 15, com referências adicionais.

61 Diferente, reconhecendo um direito a um meio ambiente saudável, é a posição do Parecer Consultivo OC 23/17 de 15.11.2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (mediante referência ao art. 11 do Protocolo de San Salvador, além da inclusão na esfera de regulamentação do art. 26 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos; detalhes quanto a essa questão em MARKUS; SILVA-SÁNCHEZ, ZUR, 2019, 150 ss.; veja também, quanto a demandas baseadas nos direitos humanos em nível internacional, ENDERLE, DÖV, 2023, 370 ss.

62 Detalhes em EHEMANN, *Umweltgerechtigkeit* (*supra* nota 23), p. 155 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 28 13/02/2025 10:04:29

ecológicos mínimos.[63] A eficácia horizontal dos direitos da Convenção é, de modo geral, negada, pois uma aplicação deles só é possível contra as partes contraentes.[64] O que entra em cogitação são obrigações de proteção do Estado[65] e uma consideração "no marco de uma interpretação metodologicamente justificável da lei".[66] Resta esperar para ver se e em que medida o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) advogará uma interpretação restritiva dos art. 2 e 8 da CEDH nos próximos julgamentos[67] sobre ações movidas por jovens portugueses e idosos suíços, incluindo o direito de interpor recurso (qualidade de vítima) nos termos do art. 34 da CEDH.

3 Direito Constitucional

Assim como o Direito europeu,[68] a Lei Fundamental tampouco contém um direito fundamental próprio relativo ao meio ambiente – nem no sentido de um direito de defesa contra alterações na natureza, nem no sentido de um direito prestacional à manutenção de certos padrões ecológicos.[69]

63 VÖNEKY; BECK, in: PROELSS, *Internationales Umweltrecht* (*supra* nota 35), 5. Abschnitt Rn. 38; CALLIESS, ZUR, 2021, 323 ss. (328, além do direito a informações relevantes para o meio ambiente); outra opinião em Gerechtshof Den Haag ECLI:NL:GHDHA:2018:2610, 76: "All of the above leads to the conclusion that the State is acting unlawfully (because in contravention of the duty of care under Articles 2 and 8 ECHR) by failing to pursue a more ambitious reduction as of end-2020, and that the State should reduce emissions by at least 25% by end-2020 [Tudo isso leva à conclusão de que o Estado age ilegalmente (porque infringe o dever de cuidado sob os art. 2 e 8 da CEDH) por deixar de buscar uma redução mais ambiciosa no fim de 2020, e de que o Estado deveria reduzir as emissões em pelo menos 25% em fins de 2020]"; posição crítica quanto a essa questão em WEGENER, NJW, 2022, 425 ss. (430 s.).

64 Veja apenas JOHANN, in: KARPENSTEIN; MAYER, EMRK, 3. ed., 2022, Art. 1 Rn. 9 ss.

65 Pormenores em RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, 2007, p. 216 ss.

66 BVerfGE 111, 307 ss. (1ª Diretriz); veja também BGH, NJW 2018, 2695 ss. (109); quanto aos limites de uma interpretação favorável à Convenção, veja BAG [*Bundesarbeitsgericht* = Tribunal Federal do Trabalho], NJW 2016, 1034 ss. (14 ss.).

67 Duarte Agostinho and Others v Portugal and Others App no 39371/20; Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland App no 53600/20.

68 Entretanto, a situação jurídica em numerosos Estados-membros da UE é diferente; v. detalhes em SCHWERDTFEGER, in: MEYER; HÖLSCHEIDT, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (*supra* nota 49), Art. 37 Rn. 9 s.

69 Também no art. 141, nº 3, 1 da Constituição da Baviera não está consagrado um direito fundamental abrangente à proteção ambiental, e sim meramente um direito, com eficácia horizontal, ao desfrute de belezas naturais já existentes, cuja importância, além disso, é restringida pelo Direito federal prioritário segundo o art. 31 da Lei Fundamental; pormenores em MÖSTL, in: LINDNER; MÖSTL; WOLFF, *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2. ed., 2017, Art. 141 Rn. 7 (p. ex., direitos de acesso ou apropriação precisam ser compatíveis com o art. 14 da LF).

RBDFJ51_MIOLO.indd 29 13/02/2025 10:04:29

a) Definição das metas estatais

Embora o art. 20a tenha sido incluído na Lei Fundamental em 1994, trata-se de uma definição das metas do Estado restrita ao Direito objetivo[70] que deve ser ponderada em relação a outros interesses jurídicos e princípios da Constituição.[71] Esse artigo não estabelece direitos subjetivos nem em benefício de terceiros nem da natureza.

aa) Legislação

Visto que o legislador que alterou a Constituição se posicionou, após extensa discussão, consciente e decididamente contra um direito fundamental subjetivo relativo ao meio ambiente e a favor de uma definição das metas do Estado restrita ao Direito objetivo no art. 20a da Lei Fundamental,[72] o legislador do Direito Privado ordinário não precisa introduzir a possibilidade de ação judicial contra danos ambientais, p. ex., sob a forma de uma ação coletiva. Da mesma maneira, o legislador do Direito Privado não é constitucionalmente obrigado a garantir a proteção do meio ambiente em termos da legislação de responsabilidade civil. Se a Constituição não prevê um direito ambiental fundamental, tampouco é necessário estabelecer um direito subjetivo a um meio ambiente intacto, mesmo no nível da legislação ordinária. O art. 20a da Lei Fundamental não impede o legislador do Direito Privado de regulamentar a proteção ambiental de forma demandável, mas ele não é obrigado pela Constituição a fazê-lo.

Somente se os sujeitos de Direito Privado tiverem seus próprios direitos fundamentais violados, como, p. ex., o direito à vida, à saúde ou à propriedade, há obrigatoriamente necessidade de uma proteção, que é garantida em particular, em termos de Direito de Responsabilidade Civil, pelo §823, nº 1, do Código Civil. Além disso, está se discutindo se um "direito fundamental ao mínimo existencial ecológico" pode ser derivado do art. 1, nº 1, em conjunto com o art. 20, nº 1, da Lei Fundamental mediante um desdobramento jurídico.[73] Contudo, a discussão fica no nível teórico porque, como sublinha o TCF, já aderindo ao Acordo de Paris o

[70] O art. 20a da LF abarca o princípio da sustentabilidade ecológica com as palavras "em responsabilidade para com as gerações futuras", mas a tentativa de ampliar a abordagem, mediante um art. 20 da LF, para outros campos da política fracassou ("Em sua atuação, o Estado deve levar em conta o princípio da sustentabilidade e proteger os interesses de gerações futuras"); cf. BT-Drs. 16/3399 (projeto de lei).

[71] BT-Drs. 12/6000 p. 67 s.

[72] Veja os projetos de lei alternativos da bancada do Partido Verde alemão em BT-Drs. 10/990, entre outros, complementando o art. 2º da LF: "(3) Toda pessoa tem o direito a um meio ambiente saudável e à conservação das bases naturais de sua vida"; em BT-Drs. 11/663, entre outros, é acrescentado à formulação pregressa, no art. 2, n.º. 2, a seguinte expressão: "a manutenção das bases naturais de sua vida e a proteção contra danos significativos a seu ambiente natural".

[73] Detalhes sobre essa questão em GÄRDITZ, in: LANDMANN; ROHMER, *Umweltrecht*, 99. EL September 2022, Art. 20a GG Rn. 78; CALLIESS, ZUR, 2021, 323 ss. (328 ss.); posição crítica em VOSSKUHLE, NVwZ, 2013, 1 ss. (6).

RBDFJ51_MIOLO.indd 30 13/02/2025 10:04:29

Estado tomou precauções suficientes para evitar "condições de proporções catastróficas ou mesmo apocalípticas que ameacem a existência".[74]

Independentemente da falta de uma dimensão jurídico-subjetiva, o art. 20a da Lei Fundamental sublinha expressamente que o Estado – e, portanto, em particular o legislador – protege as bases naturais da vida. Se isto não for conseguido, uma norma pode ser incompatível com o art. 20a e, por conseguinte, inconstitucional.[75] Mas, tanto quanto se pode verificar, até agora não foi identificada uma norma que viole o art. 20a da Constituição, e o legislador ficou com uma ampla margem de apreciação.

Inversamente, contudo, o legislador não pode permanecer passivo e simplesmente aceitar danos ambientais. À semelhança da área dos direitos fundamentais, ele é obrigado a agir pela proibição de proteção insuficiente do art. 20a da Lei Fundamental, principalmente para evitar danos por parte de terceiros.[76] No entanto, o Poder Judiciário geralmente só examina este empenho necessário em prol da proteção ambiental com base em evidências e não na proporcionalidade.[77] Se as emissões provêm de sujeitos privados, p. ex., através da operação de uma usina nuclear,[78] de uma subestação de energia[79] ou de torres de transmissão de telefonia móvel,[80] via de regra os tribunais negam que haja uma violação do dever de proteção.[81]

bb) Atividade jurisdicional

Além da legislação, a atividade jurisdicional está vinculada ao art. 20a da Lei Fundamental. Ela deve avaliar os interesses conflitantes dos envolvidos no processo com base no ordenamento jurídico em seu conjunto, incluindo o art. 20a da Constituição. Entretanto, este não legitima o Judiciário a atribuir à proteção ambiental uma importância à parte que vá além dos direitos das partes. Se nenhum dos direitos subjetivos do demandante for violado por uma medida danosa ao meio ambiente tomada por seu vizinho, sua ação deverá ser julgada improcedente e o biótopo que constitui o objeto em disputa poderá ser removido. O tribunal não

74 Cf. BVerfGE 157, 30 ss. (115).

75 BVerfGE 157, 30 ss. (207); SCHULZE-FIELITZ, in: DREIER (*supra* nota 24), Art. 20a Rn. 85 s.; JARASS, in: JARASS; PIEROTH, GG, 17. ed., 2022, Art. 20a Rn. 19.

76 WOLF, ZUR, 2022, 451 ss. (458); GÄRDITZ, in: LANDMANN; ROHMER, *Umweltrecht* (*supra* nota 73), Art. 20a GG Rn. 6; CALLIESS, in: DÜRIG; HERZOG; SCHOLZ, GG, 99. EL September 2022, Art. 20a Rn. 220.

77 Veja detalhes em CALLIESS, JuS, 2023, 1 ss. (8); SODAN, in: STERN; SODAN; MÖSTL, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, 2. ed., 2022, §87 Rn. 69 ss., com referências adicionais.

78 BVerfGE 49, 89 ss. (140 ss.).

79 BverfG, NJW, 1997, 2509 s.

80 BVerfG, NVwZ, 2007, 805 ss.

81 Quanto a essa questão, veja também VON WESCHPFENNIG, *Strukturen des Bergrechts*, 2022, p. 35 s., com referências adicionais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 31 13/02/2025 10:04:29

poderá decidir de forma contrária por razões ecológicas, pois a reserva legal se aplica a um ato estatal que priorize o interesse público. A definição dos objetivos do Estado no art. 20a da Lei Fundamental não oferece nem à atividade jurisdicional nem à administração pública uma base de legitimação suficiente para decisões que impliquem ônus.[82] Em particular, os tribunais não podem declarar inválido um consenso contratual ou alterá-lo apenas com base no artigo 20a da Constituição. Este artigo não estabelece para o Poder Judiciário qualquer obrigação de proteger o meio ambiente que justifique uma intervenção por conta própria em uma transação de Direito privado. Segundo a vontade do legislador, a incumbência de conformação concreta se destina à atividade legislativa.[83]

Contudo, como definição objetivo-jurídica das metas do Estado, o art. 20a da Lei Fundamental estabelece critérios que devem ser levados em conta na interpretação e colmatação de lacunas e ajudam a plasmar as relações de Direito Privado.[84] Neste caso, porém, o ponto de partida não é a Constituição, e sim o Direito Privado, p. ex., ao determinar as obrigações do proprietário de uma árvore em relação à circulação ou ao trânsito no local ou ao direito do vizinho à autoajuda no caso de haver galhos pendentes, de acordo com o §910 do Código do Direito Civil.[85] Esses casos devem ser decididos com base na legislação ordinária e só complementarmente mediante recurso ao art. 20a da Constituição. A reserva legal não se aplica na medida em que o tribunal se concentra em equilibrar os interesses individuais divergentes e não recorre ao interesse geral na proteção ambiental como uma razão à parte para intervir, e sim apenas como um *topos* no marco da interpretação sistemática e constitucionalmente orientada da legislação ordinária. Independentemente desta referência ao bem comum, a proteção do meio ambiente também pode corresponder a interesses individuais legítimos e orientados para a sustentabilidade, como, p. ex., do proprietário, inquilino ou comprador em questão.

Quando normas de Direito Privado forem interpretadas ou desdobradas, o art. 20a da Lei Fundamental deve ser levado em consideração em pé de igualdade com outros objetivos e princípios do Estado.[86] Aspectos sociais opostos, como, p. ex., os direitos de proteção dos trabalhadores, não têm menos peso do que as preocupações ambientais. Mas também não há primazia de outros

[82] Cf. (no tocante à administração pública) EPINEY, in: VON MANGOLDT; KLEIN; STARCK, GG, 7. ed., 2018, Art. 20a Rn. 89, com referências adicionais.

[83] BT-Drs. 12/6633 p. 7.

[84] Cf. HALFMEIER, AcP, 216 (2016), 717 ss. (729 ss.); GSELL, NZM, 2022, 482 ss. (485); dentre os textos sobre Direito Constitucional, veja EPINEY, in: VON MANGOLDT; KLEIN; STARCK (*supra* nota 82), Art. 20a Rn. 90 ss., com referências adicionais.

[85] Veja quanto a esses exemplos detalhes abaixo no contexto das notas 166 ss.

[86] Veja quanto à igualdade também BT-Drs. 12/6000 p. 67 s.; BVerfGE 157, 30 ss. (Diretriz 2a); GSELL, NZM, 2022, 482 ss. (486).

RBDFJ51_MIOLO.indd 32 13/02/2025 10:04:30

valores constitucionais, e tampouco a favor dos direitos fundamentais relativos à liberdade.

Não obstante, em muitos casos o âmbito da atividade jurisdicional permanece fortemente limitado, já que o art. 20a da Constituição não estabelece quaisquer direitos subjetivos. O proprietário de uma coisa não pode, por isso, ser impedido, puramente nos termos do Direito Civil, de extinguir arbitrariamente ecossistemas em sua propriedade ou de cometer outros crimes ambientais porque e na medida em que não há possibilidade de mover um processo para fazer cumprir normas ecológicas constitucionais.[87]

cc) Sujeitos privados

Os sujeitos privados não são destinatários do art. 20a da Lei Fundamental, e sim tão somente as autoridades estatais.[88] Ao contrário de numerosas Constituições dos Estados-Membros da eu,[89] a Lei Fundamental não prevê uma obrigação direta das cidadãs e dos cidadãos de proteger o meio ambiente.[90] Embora haja vozes isoladas que defendem um dever básico,[91] isso significaria um distanciamento do "julgamento do processo Elfes"[92] e do direito de "poder fazer e deixar de fazer o que se quiser". No discurso do Direito Civil, fala-se ocasionalmente de uma "eficácia horizontal indireta",[93] mas este termo impreciso[94] não serve como um curinga para derivar do art. 20a da Constituição mais do que um critério de interpretação para o Direito Privado. Até mesmo o princípio do Estado de Bem-Estar Social não legitima qualquer correção de contratos, e sim apenas o respectivo

87 Cf. KÜHN, *Umweltschutz durch Privatrecht* (*supra* nota 3), p. 193; do âmbito do Direito Ambiental público, veja, entre outros, os deveres de proteção contra perigos e de prevenção segundo os §§4, 7 da Lei Federal de Proteção do Solo [*Bundes-Bodenschutzgesetz*].

88 Cf. apenas SOMMERMANN, in: VON MÜNCH; KUNIG, GG, 7. ed., 2021, Art. 20a Rn. 19; MITTWOCH, *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht* (*supra* nota 30), p. 90.

89 Veja a enumeração em SCHWERDTFEGER, in: MEYER; HÖLSCHEIDT, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (*supra* nota 49), Art. 37 Rn. 11 s.; quanto a obrigações específicas previstas em Constituições estaduais, veja LOHSE, in: STERN; SODAN; MÖSTL (*supra* nota 77), §26 Rn. 58; Führ, NuR, 1998, 6 ss. (7 s.).

90 Cf. apenas WOLF, ZUR, 2022, 451 ss. (457); JARASS, in: JARASS; PIEROTH (*supra* nota 75), Art. 20a Rn. 2a; EPINEY, in: VON MANGOLDT; KLEIN; STARCK (*supra* nota 82), Art. 20a Rn. 89.

91 Recentemente, BILGEN, DÖV, 2023, 150 ss., com referências adicionais.

92 BVerfGE 6, 32 ss.

93 Cf. HELLGARDT; JOUANNAUD, AcP, 222 (2022), 164 ss. (198 ss.); JOUANNAUD, in: *Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft*, 2022, p. 9 ss. (30 ss.); uma "eficácia horizontal" é negada, com razão, pelos textos da área do Direito Público; cf. SOMMERMANN, in: VON MÜNCH; KUNIG (*supra* nota 88), Art. 20a Rn. 19; SCHULZE-FIELITZ, in: DREIER (*supra* nota 24), Art. 20a Rn. 13; WISCHMEYER, NZM, 2023, 406 ss. (413): "Pois justamente porque o art. 20a da LF é direito constitucional objetivo e não um direito fundamental, os desafios construtivos causados pela vinculação – designada com o conceito de eficácia horizontal – de sujeitos de direitos fundamentais por esses mesmos direitos nem chegam a se colocar".

94 Posição crítica em NEUNER, NJW, 2020, 1851 ss. (1853 ss.).

RBDFJ51_MIOLO.indd 33 13/02/2025 10:04:30

dever de proteção decorrente dos direitos fundamentais que sejam pertinentes e tenham orientação social.

b) Resolução sobre proteção climática

Especificamente no tocante à Lei de Proteção Climática,[95] o TCF decidiu em 2021 que atualmente ela não viola quaisquer obrigações de proteção com base no art. 20a da Lei Fundamental nem nos direitos fundamentais.[96]

aa) Efeito preliminar semelhante a violação

Entretanto, o Tribunal supôs haver uma violação dos direitos fundamentais do art. 2, nº 1 em conjugação com o art. 20a da Constituição, porque a decisão legislativa sobre a quantidade de emissões permitidas até 2030 teria um "efeito preliminar semelhante a violação" e imporia um fardo de redução radical para as gerações subsequentes.[97] Esta decisão pode ser criticada como uma forma de contornar o art. 20a da Lei Fundamental no que diz respeito ao direito individual de interpor recurso,[98] mas, por outro lado, também pode ser avaliada como uma ampliação judicial bem-sucedida do Direito, pois implementa o imperativo da sustentabilidade ecológica e da justiça distributiva de maneira consistente e compatível com o Direito Internacional.[99]

bb) Estimativa orçamentária

Contudo, a "resolução sobre o clima" só afeta o Direito Civil em função de novas medidas legislativas de proteção ambiental, p. ex. sob a forma de obrigações de restauração ou reconversão. A *ratio decidendi* da resolução enfoca a estimativa orçamental insuficiente da Lei de Proteção Climática e as consequências para a garantia intertemporal da liberdade. Esta argumentação, que critica especificamente o orçamento referente a emissões, não pode ser transferida, sem mais nem menos, para outras áreas problemáticas da justiça intergeracional, como, p. ex., a legislação sobre a dívida pública ou o sistema de seguridade social,[100] e certamente não para o Direito Civil.

---

95 Veja quanto ao §4, nº 1, 10 da Lei de Proteção Climática ("Direitos subjetivos e posições jurídicas demandáveis não são fundamentadas por esta lei ou com base nesta lei"), *supra* nota 28.

96 BVerfGE 157, 30 ss. (142 ss.); BVerfG, NJW, 2022, 844 ss. (18); veja quanto a essa questão também BRITZ, NVwZ, 2022, 825 ss. (827): "Ao TCF deve restar, frente à concretização na legislação ordinária do imperativo jusconstitucional de proteção, essencialmente a tarefa de um controle de evidências".

97 BVerfGE 157, 30 ss. (182 ss.).

98 Quanto à "subjetização" do art. 20º-a da LF, veja CALLIESS, ZUR, 2021, 355 ss. (356 s.); BERKEMANN, DÖV, 2021, 701 ss. (709 ss.).

99 Outra opinião em POLZIN, DÖV, 2021, 1089 ss. (1095); WAGNER, NJW, 2021, 2256 ss. (2257): "A Lei Fundamental exige exatamente aquilo que o TCF extrai dela".

100 Cf. FELLENBERG, NVwZ, 2022, 913 ss. (917); CALLIESS, JuS, 2023, 1 ss. (4); WISCHMEYER, NZM, 2023, 406 ss. (409): "O orçamento de CO2 se distingue de outros orçamentos, p. ex. o dos fundos da área de previdência social, por não poder ser reposto [...]".

RBDFJ51_MIOLO.indd 34 13/02/2025 10:04:30

cc) Total de emissões

Na "resolução sobre o clima", o TCF também não critica fatores específicos de poluição, e sim a totalidade das emissões permitidas, pois só o orçamento em seu conjunto pode transferir de modo desproporcional os ônus da redução para o futuro. Uma ação ou omissão puramente pontual do legislador não pode desencadear um "efeito preliminar semelhante a violação".[101] Por isso, um recurso constitucional subsequente, voltado contra o fato de o legislador não ter introduzido um limite de velocidade nas autoestradas, não foi aceito para decisão.[102] Quando aplicadas a outras medidas legislativas específicas, como, p. ex., as normas para o consumo de eletricidade contratada por locatários estabelecidas na Lei sobre as Fontes de Energia Renováveis, o mesmo se aplica: elas não são jusconstitucionalmente verificáveis no tocante à redução de gases de efeito estufa. E tampouco se podem derivar da "resolução sobre o clima" obrigações de proteção para garantir a liberdade intertemporal no Direito Civil.[103]

4 Direito Penal e Direito Público

Além de leis de nível superior, numerosas disposições ambientais do Direito Penal e do Público afetam o Direito Privado. Elas podem moldar o Direito Privado diretamente ou através de uma norma de transformação e desdobrá-lo em termos da unidade do ordenamento jurídico.

a) Influências imediatas

Uma influência imediata é exercida, p. ex., por normas de construção ou de produtos do Direito Público cujo incumprimento pode constituir um defeito material no Direito Comercial ou no Direito Contratual de Locação de Trabalho[104]. O Direito Privado de imóveis também é forte e diretamente influenciado por disposições de uso jusadministrativas.[105]

---

[101] Veja quanto à legislação dos estados também BVerfG, NJW, 2022, 844 ss. (4, 12) e Diretriz 1: "Um efeito prévio semelhante a violação pressupõe que o respectivo legislador esteja, ele próprio, sujeito a um orçamento perceptível, em traços gerais, de emissões de CO2 ainda admissíveis. Aos estados da Federação já estão faltando, no presente, critérios de redução dos quais se pudessem depreender, ao menos em traços gerais, orçamentos residuais de CO2 específicos para cada estado".

[102] BVerfG, NVwZ, 2023, 158 s.

[103] Veja quanto ao Direito de Locação também WISCHMEYER, NZM, 2023, 406 ss. (410).

[104] Cf. apenas HELLGARDT; JOUANNAUD, AcP, 222 (2022), 164 ss. (196).

[105] BRYDE; WALLRABENSTEIN, in: VON MÜNCH; KUNIG (*supra* nota 88), Art. 14 Rn. 33; BECKOGK; LAKKIS, BGB, 2023, §903 Rn. 166; RUSTER, JZ, 2021, 1106 ss. (1109); detalhes em KLOEPFER, *Umweltrecht*, 4. ed., 2016, §6 Rn. 24 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 35 13/02/2025 10:04:30

b) Influências indiretas

Disposições do Direito Ambiental também podem ser incorporadas ao Direito Privado como leis de proteção por meio da norma de transformação do §823, nº 2, 1 do Código Civil. Um exemplo atual em termos de jurisprudência é a Diretiva-Quadro 2007/46/CE relativa à homologação de tipos de veículos automotores.[106] Na área juspenal, trata-se principalmente dos tipos penais de infração ambiental de acordo com os §§324 ss. do Código de Direito Penal. Assim como o §823, nº 2, 1 do Código Civil, o §134 do mesmo Código tem um efeito transformador, que, em caso de dúvida, determina a nulidade do ato jurídico se este violar uma proibição legal de proteção ambiental.[107] Exemplos da jurisprudência incluem contratos que ignoram a proibição de exibição de *outdoors* eleitorais em campo aberto[108] ou visam contornar uma avaliação de impacto ambiental.[109] Mediante observância do art. 20a da Lei Fundamental em conformidade com a Constituição, um ato jurídico pode ser nulo segundo o art. 134 do Código Civil mesmo que a proibição se destine a apenas uma das partes.[110]

Além disso, disposições do Direito Penal ou do Direito Público podem influenciar a interpretação de conceitos jurídicos vagos. Entretanto, estes devem, antes de mais nada, ser concretizados em termos imanentes do Direito Privado. Portanto, não é apropriado concluir, a partir de uma punição de acordo com o §240 do Código Penal, p. ex., por parte de participantes de manifestações ambientais durante bloqueios de estradas,[111] que a ação é contrária aos bons costumes segundo o §826 do Código Civil.[112] O mesmo se aplica ao chamado recolhimento de objetos colocados em lixeiras,[113] que o Judiciário considera furto nos termos do art. 242 do Código Penal, mas não viola necessariamente, ao mesmo tempo, os "bons costumes".

---

[106] Veja quanto a essa questão EuGH Rs. C-100/21 (QB/Mercedes-Benz Group) ECLI:EU:C:2023:229 Rn. 69 ss.; GSELL, ZHR, 187 (2023), 392 ss. (412 ss.); exemplo contrário: BGH NJW 2022, 3156 ss. (ausência de direito individual do morador no caso de infração da proibição de passagem de caminhões); posição crítica em JOUANNAUD, *Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft*, 2022, p. 9 ss. (22 ss.).

[107] Mais pormenores sobre essa questão em CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht* (*supra* nota 9), p. 131 ss.

[108] LG [*Landesgericht* = Tribunal de 1ª Instância] Augsburg, NJW, 1958, 796 s.

[109] OLG [*Oberlandesgericht* = Tribunal de Justiça Estadual] Jena, BeckRS, 2009, 45689.

[110] Quanto à proteção de interesses públicos importantes, veja também NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13. ed., 2023, §45 Rn. 20.

[111] Segundo o AG [*Amtsgericht* = Tribunal de Comarca] Freiburg, KlimR, 2023, 62 ss.; AG Berlin-Tiergarten, NStZ, 2023, 242 s.; LUND, NStZ, 2023, 198 ss.; quanto ao "duplo padrão" no caso de bloqueios feitos por agricultores e ativistas pacifistas, veja previamente KAUFMANN, NJW, 1988, 2581 (2583 s.).

[112] Cf. LUTZI, JuS, 2023, 385 ss. (387 ss.) com referência à liberdade de reunião; argumentação muito pouco nuançada em BEHME, NJW, 2023, 327 ss. (330).

[113] BayObLG [*Bayerisches Oberstes Landesgericht* = Tribunal de Justiça da Baviera], NStZ-RR, 2020, 104 s.; confirmação em BVerfG, NJW, 2020, 2953 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 36 13/02/2025 10:04:30

5 Influências extralegais

Por fim, o Direito Privado Ambiental também é moldado por normas e medidas extralegais.

a) Pessoa média razoável

A lei se refere frequentemente a uma figura que transcende o sistema, a pessoa média razoável. Se se quiser esclarecer se um item ou produto adquirido atende aos requisitos objetivos em termos de compatibilidade ambiental, de acordo com o §434, nº 3 do Código Civil, a figura de referência é o comprador médio.[114] Este último pode esperar que a fruta adquirida não tenha sido tratada com substâncias não permitidas, que o refrigerador tenha a eficiência energética mínima[115] e que o automóvel adquirido cumpra as normas de proteção ambiental e não produza mais emissões do que a lei permite.[116] No Direito Vicinal se pergunta, de modo semelhante, se as imissões são aceitáveis para uma "pessoa média razoável".[117] E a perspectiva de um observador razoável e honesto também deve ser assumida na interpretação de contratos ou declarações. Isto inclui acordos sobre as qualidades[118] de itens ou produtos adquiridos ("agricultura orgânica"),[119] o objeto de locação ("contratos de arrendamento ecológico")[120] ou rótulos de produtos relacionados com o meio ambiente ("selo orgânico", etc.).[121]

b) Costumes gerais

Na interpretação dos contratos, devem ser levados em consideração, além disso, os costumes correntes, ou seja, a prática efetiva prevalecente nas

[114] Quanto à proibição de "greenwashing" na publicidade, veja LAMY; LUDWIG, KlimR, 2022, 142 ss.; quanto a propostas de reforma, SCHERER, GRUR, 2023, 29 ss. (29 ss.); quanto à defeituosidade segundo o §3 da Lei sobre a Responsabilidade por Produtos Defeituosos [*Produkthaftungsgesetz*] quando o produto implica riscos de danos graves quando da destinação ou descarte, MüKoBGB; WAGNER, 8. ed., 2020, §2 ProdHaftG Rn. 33, com referências adicionais.

[115] Cf. CROON-GESTEFELD, NJW, 2022, 497 ss. (499, com referência à Lei sobre Produtos Relevantes em termos de Consumo de Energia [*Energieverbrauchsrelevante-Produkte-Gesetz*] e a Diretiva de Ecodesign).

[116] Cf. GSELL, ZHR, 187 (2023), 392 ss. (411 s., com a indicação justificada de que não é preciso haver uma ameaça de paralisação da empresa); veja também BECK, NJW, 2022, 3313 ss. (3313 ss., quanto à questão de se a abrangência inclui apenas relações do objeto com o meio ambiente que tenham sua origem no item ou produto adquirido ou também em casos sem essa referência); quanto à ausência de normas legislativas, veja BT-Drs. 14/6040 p. 213.

[117] BGHZ 120, 239 ss. (Leitsatz b); BECKOGK; KLIMKE, BGB, 2023, §906 Rn. 83 ss., com referências adicionais.

[118] Quanto ao cumprimento de códigos CSR [*Certificate Signing Request*], veja ASMUSSEN, NJW, 2017, 118 ss. (com diferenciação entre fatores referentes ao produto e à empresa); GRUNEWALD, NJW, 2021, 1777 ss.; SCHIRMER, ZeuP, 2021, 35 ss. (44 ss.).

[119] Veja detalhes em ERMAN; GRUNEWALD, BGB, 17. ed., 2022, §434 Rn. 3 ss.; BECK, NJW, 2022, 3313 ss. (3316 s.).

[120] Quanto a isso, veja VON WESTPHALEN, NZM, 2022, 1 ss.

[121] Quanto a isso, veja TERRY, ZfPC, 2022, 221 ss.; CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht* (*supra* nota 9), p. 148.

RBDFJ51_MIOLO.indd 37 13/02/2025 10:04:30

interações.[122] Um costume de eficiência ou conservação de recursos se formou, p. ex., no contrato de serviços de gastronomia, em que o cliente pode esperar que os restos de comida sejam embalados e não jogados fora como antes.

c) Bons costumes

Os "bons costumes" são influenciados tanto por critérios de valor legais quanto extralegais. O ponto de referência é o "senso de decência de todas as pessoas que pensam de maneira apropriada e justa".[123] Uma iniciativa da sociedade civil viola este critério se seu recurso legal para fazer cumprir a proteção ambiental for "comprado" por uma quantia elevada de dinheiro.[124] Outro exemplo proveniente dos EUA é a compra de caminhões a diesel manipulados que se destinam especificamente a poluir o meio ambiente e outros usuários das estradas.[125]

d) Mudança mediante consenso

Se a perspectiva ou os valores dessas figuras de referência mudarem, o Direito Privado Ambiental será ampliado em conformidade com essa mudança.[126] Assim, o Supremo Tribunal Federal [*Bundesgerichtshof*] já enfatizou na "Decisão da Lagoa das Rãs" que, ao se pressupor um "dano significativo" nos moldes do §906, nº 1 do Código Civil, "a mudança na consciência ambiental e a proteção das espécies – neste caso, das rãs – ancorada na Lei de Proteção da Natureza não (pode) ser ignorada".[127] Mais atual é a mudança no conceito de "vaga de estacionamento subterrâneo", que, entrementes, também inclui a instalação de bicicletários para *e-bikes*.[128]

Em termos de crítica metodológica surge a questão de saber se, em última análise, quem está por trás das figuras que servem de critério ou referência não é outro senão o respectivo juiz, como sugere o título do livro "O terceiro imaginário".[129] Esse perigo existe de fato, mas as remissões legais a uma "pessoa média" ou a "todas as pessoas que pensam de maneira apropriada e justa" exigem, em todo caso, uma concordância ampla, um elemento consensual. O próprio tribunal

[122] BGHZ [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* = Decisões do Supremo Tribunal Federal em Matéria Civil] 166, 154 ss. (19); ERMAN; ARMBRÜSTER, BGB, 17. ed., 2023, §157 Rn. 8 ss., com referências adicionais.

[123] BGH, NJW, 2023, 2270 ss. (8); NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (*supra* nota 110), §46 Rn. 8, com referências adicionais.

[124] MEDICUS; PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11. ed., 2016, Rn. 702; a existência de uma violação dos costumes foi negada na decisão que consta em BGHZ 79, 131 ss. (141 s.), mas este caso dizia respeito a vizinhos e as perdas de valor dos proprietários dos imóveis foram compensadas em termos globais.

[125] O exemplo é de LIEDER; PORDZIK, ZChinR, 2019, 58 ss. (63 s.) mediante referência ao "Movimento Rolling Coal".

[126] Cf. MEDICUS, JZ, 1986, 778 ss. (779).

[127] BGHZ 120, 239 ss. (255).

[128] Cf. HÄUBLEIN, NZM, 2016, 58 s.; outra opinião em LG Hamburg, NZM, 2016, 58.

[129] BARNERT, *Der eingebildete Dritte*, 2008.

RBDFJ51_MIOLO.indd 38 13/02/2025 10:04:30

pode determinar isso se dispuser de conhecimentos válidos. Subsidiariamente também entram em cogitação pesquisas de opinião demoscópicas, que só devem ser utilizadas de modo restritivo em função do Estado de Direito e da teoria da democracia, mas são apropriadas em circunstâncias excepcionais, a fim de evitar estruturas argumentativas circulares.[130]

IV Direito Privado Ambiental

Quando se passa da perspectiva do sistema multinível para a estrutura interna do Direito Privado, a análise é dificultada por uma confusão linguística já quase babilônica. Assim, fala-se em termos bem genéricos de sustentabilidade, ações judiciais climáticas ou proteção judicial do clima, termos muitas vezes usados como sinônimos e, em todo caso, na maior parte sem nuances. Do ponto de vista das ONGs, isto talvez seja efetivo e amplamente eficaz para chamar a atenção para casos de destruição ambiental com a ajuda de processos judiciais acompanhados pelos meios de comunicação.[131] A retórica também pode ser oportuna para que os grandes emissores processados, para desviarem a atenção de sua responsabilidade pela destruição ambiental seguindo o lema "Não fomos nós, foi o clima". No discurso jurídico, contudo, trata-se de cortinas de fumaça retóricas que obscurecem a visão dos problemas objetivos.[132]

1 Sustentabilidade

Primeiramente, deve-se fazer uma distinção entre sustentabilidade tridimensional e unidimensional.[133]

[130] Quanto às possibilidades e limites da pesquisa social empírica, veja também NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (*supra* nota 110), §46 Rn. 9, com referências adicionais.

[131] Detalhes sobre *strategic litigation* em BAER, *Rechtssoziologie*, 4. ed., 2021, §7 Rn. 37; GRASER, ZUR, 2019, 271 ss. (275 ss.); concretamente quanto a VG [= Tribunal Administrativo] Hamburg, NVwZ, 1988, 1058 ss. (ausência de capacidade de participação dos "lobos marinhos no Mar do Norte" no processo administrativo), veja SCHRÖTER; BOSSELMANN, ZUR, 2018, 195 ss. (196): "A ação judicial das focas foi perdida, mas a classe política se reposicionou, de modo que o despejo de ácido diluído e a incineração de lixo no mar foram proibidos sem exceção".

[132] Veja, em termos do Direito comparado, quanto à questão de "private enforcement", WELLER; TRAN, ZeuP, 2021, 573 ss. (578 ss.).

[133] Quanto aos diversos empregos do conceito, veja EKARDT, *Theorie der Nachhaltigkeit*, 3. ed., 2021, p. 65 ss.; HALFMEIER, AcP, 216 (2016), 717 ss. (721 ss.); veja também *supra* a partir das notas 16 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 39 13/02/2025 10:04:30

a) Sustentabilidade tridimensional

O imperativo de sustentabilidade tridimensional se destina a tomadores de decisão com poder de controle e estruturação complexo no contexto social, econômico e ecológico.

aa) Regulamentações legais

Enquanto os tomadores de decisão públicos precisam levar em consideração o imperativo da sustentabilidade, p. ex., no planejamento do ordenamento territorial (§1, nº 2 da Lei de Ordenamento Territorial) e do uso do solo urbano (§1, nº 5 do Código de Construção Civil e Obras Públicas), o foco do Direito Privado reside no Direito Societário. Neste último caso, os aspectos da sustentabilidade já são, muitas vezes, levados em conta de modo voluntário, principalmente para gerar vantagens de mercado através da certificação de sustentabilidade.[134] Mas existem também numerosas normas legais sob a forma de obrigações de apresentação de relatórios (de acordo com a nova diretiva da UE[135] e §§289b ss. do Código Comercial),[136] deveres de diligência (segundo o §3 do Regulamento sobre Comércio de Madeira e Minerais de Conflito) e obrigações de informação (p. ex., na área de Finanças Sustentáveis[137]), até a definição da estrutura de remuneração dos membros de conselhos de administração de acordo com o §87, nº 1, 2 da Lei das Sociedades Anônimas, que deve levar em consideração aspectos sociais e ecológicos, além do desenvolvimento corporativo de longo prazo.[138]

bb) Avaliação

Uma concepção metodológica aproximada para avaliar o imperativo da sustentabilidade tridimensional[139] é o critério de evidência,[140] que capta a óbvia não inclusão ou ponderação errônea de preocupações ecológicas. Um critério mais exato é constituído pelo princípio da proporcionalidade que considera os objetivos multipolares. Deve-se fazer uma distinção entre erros em potencial no processo de ponderação (considerações não pertinentes ou deficientes, ponderação errônea de

134 Veja quanto a essa questão a coletânea de BURGI; MÖSLEIN (ed.), *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, 2021.

135 Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) de 5.1.2023, EU 2022/2464.

136 Abordagem monográfica sobre essa questão em KOLTER, *Nachhaltigkeit durch Transparenz?*, 2023.

137 Pormenores em MITTWOCH; BLEIER, NJW, 2022, 3601 ss. (3602 ss.); GLANDER; KROPF; LÜHMANN, BKR, 2023, 28 ss.

138 Veja detalhes em SCHWENNICKE, in: GRIGOLEIT, AktG, 2. ed., 2020, §87 Rn. 20 s.; MITTWOCH, *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht* (*supra* nota 30), p. 150 ss.

139 Quanto à responsabilidade em potencial de membros do conselho de administração segundo o §93 da Lei das Sociedades Anônimas, veja KOCH, *AktG*, 17. ed., 2023, §93 Rn. 21; em termos gerais, sobre proteção climática e *Corporate Governance*, WELLER; BENZ, ZGR 2022, 563 ss.

140 Quanto a essa questão, veja de modo geral NEUNER, ZfPW, 2018, 257 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 40 13/02/2025 10:04:30

uma preocupação) e erros em potencial no resultado da ponderação (ausência de equilíbrio de interesses adequado).[141]

b) Sustentabilidade unidimensional

Abstraindo-se do Direito Societário, no Direito Privado é a sustentabilidade ecológica especial que está em primeiro plano, que se concentra no uso perspicaz e atencioso dos recursos naturais.

aa) Regulamentações legais

Em sentido puramente unidimensional, os direitos dos proprietários são limitados pelas leis de proteção ambiental de acordo com o §903, 1 do Código Civil,[142] os inquilinos devem tolerar medidas de modernização ecológica segundo o §555d, nº 2 do Código Civil (sem poder reduzir o aluguel como prevê o §536, nº 1a), enquanto os proprietários precisam permitir mudanças construtivas no imóvel alugado que sejam usadas para carregar veículos elétricos (§554, nº 1, 1 do mesmo Código).[143] Os operadores de rede também estão sujeitos a obrigações contratuais e regulamentações de preços "no interesse da proteção climática e ambiental" (§§1, nº 1, 11, nº 1, 19 ss. da Lei sobre Fontes de Energia Renováveis).[144]

bb) Extensões

Além disso, a ideia de sustentabilidade ecológica também deve ser alargada metodologicamente de diferentes maneiras, desde que as decisões legais se limitem a uma mera interpretação ou colmatação.[145]

*aaa) Igualdade de tratame*nto

As normas que persigam explicitamente um *telos* ecológico podem ser estendidas ou restringidas com base no princípio geral da igualdade, a fim de tratar tipos semelhantes de forma igual e tipos diferentes de forma diferente. Assim, de acordo com o §554, nº 1, 1 do Código Civil, um inquilino pode não apenas solicitar permissão para alterações construtivas para carregar carros elétricos,

[141] Abordagem abrangente sobre essa questão em GEHNE, *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip* (*supra* nota 31), p. 217 ss.

[142] Em parte, a limitação do direito de usufruto do usufrutuário segundo o §1036, nº 2 do Código Civil é interpretada como conservação de recursos em prol do interesse geral; veja HELLGARDT; JOUANNAUD, AcP, 222 (2022), 164 ss. (203); outra opinião em RUSTER, JZ, 2021, 1106 ss. (1109: primordialmente no interesse do; proprietário).

[143] Veja quanto a essa questão LG München I, NJW, 2022, 2486 s.; no tocante ao respectivo direito dos proprietários de moradias, veja §20, nº 2, 1, 2 da Lei de Condomínios.

[144] Veja detalhes em CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht* (*supra* nota 9), p. 148 ss.; KÜHN, *Umweltschutz durch Privatrecht* (*supra* nota 3), p. 199 ss. (com o exemplo adicional do "depósito sobre latas").

[145] Veja *supra* notas 82 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 41 13/02/2025 10:04:30

mas também, em uma aplicação análoga, para veículos de duas rodas movidos a eletricidade.[146]

bbb) Conformidade com o sistema

Se uma norma não visa diretamente fins ecológicos, o art. 20a da Constituição pode ser utilizado como suplemento se houver margem de interpretação.

Se os §§281, nº 1, 3 e 323, nº 5, 2 do Código Civil forem interpretados de acordo com a Constituição, um defeito permanece "insignificante" desde que o item ou produto ainda possa ser usado de maneira razoável, a fim de evitar um gasto de recursos naturais ao adquirir um substituto.[147] No Direito de Locação, a ausência de defeitos de acordo com o §536, nº 1, 1 do mesmo Código decerto também inclui o padrão de energia mínimo previsto em lei, p. ex. para uma caldeira.[148] E no Direito de Indenizações, a pessoa responsável pela substituição não pode simplesmente indenizar o credor em dinheiro, de acordo com o §251, nº 2, do Código Civil, desde que a produção seja possível e razoável com despesas necessárias para proteger o meio ambiente.[149] Deve-se pensar na destruição de uma árvore totalmente crescida que seja significativa para o equilíbrio da natureza, mas que efetivamente precisa ser reposta por uma árvore substituta apropriada.[150]

Por vezes, uma ampliação jurídica constitucionalmente compatível que vá além do texto da norma também é legítima. Um proprietário de imóvel residencial pode basear nisso seu direito a consentir com a instalação de um minissistema de energia solar na sacada. Está descartada uma subsunção na lista de alterações construtivas do §20, nº 2 da Lei de Condomínios, mas esta regulamentação não é conclusiva, de modo que o art. 20a da Lei Fundamental pode ser levado em consideração.[151]

Contudo, muitas vezes a lei dá deliberadamente maior peso a interesses contrários e, assim, não deixa margem para interpretação. Por conseguinte,

[146] BECKOGK; SCHEPERS, BGB, 2023, §554 Rn. 36 (que também não se enquadrem na esfera de aplicação da Lei sobre Mobilidade Elétrica); STAUDINGER; ROLFS, *BGB*, 2021, §554 Rn. 17.

[147] BACH; KIENINGER, JZ, 2021, 1088 ss. (1094); quanto à ambivalência: segundo o BGH, NJW, 2007, 2111, há um defeito insignificante quando o consumo de gasolina de um carro novo supera os dados do fabricante em menos de 10%; posição crítica em BECKOK BGB; FAUST, 2023, §437 Rn. 30.

[148] Quanto à discussão, veja GSELL, NZM, 2022, 481 ss. (488); BECKOGK; H. SCHMIDT, BGB, 2023, §535 Rn. 300.

[149] A favor da consideração de interesses ecológicos, já SCHULTE, JZ, 1988, 278 ss. (280); quanto a despesas para medidas de restauração, veja também §16, nº 1 da Lei de Responsabilidade Ambiental [*Umwelthaftungsgesetz*], §32, nº 7, da Lei de Engenharia Genética [*Gentechnikgesetz*].

[150] Cf. STAUDINGER; HÖPFNER, BGB, 2021, §251 Rn. 71 (também a respeito do prejudicado em caso de substituição monetária segundo o §249, nº 2, 1 do Código de Direito Civil.

[151] Outra opinião em AG Konstanz, NJW-RR, 2023, 518 ss. (13); veja agora também a inserção explícita "5. da produção de energia mediante dispositivos solares plugáveis" por parte do projeto de lei do governo federal de 13.9.2023 sobre a autorização de reuniões de condomínio virtuais, a facilitação de dispositivos solares plugáveis e a transferibilidade de serviços pessoais limitados para equipamentos de energia solar.

RBDFJ51_MIOLO.indd 42 13/02/2025 10:04:30

alternativas ecologicamente razoáveis, sob a forma de prazos de vencimento mais longos[152] ou de um direito de reparo,[153] continuam a ser exigências puramente político-jurídicas.[154] Portanto, a jurisprudência e a literatura têm, até agora, oferecido pouco material ilustrativo sobre a ecologização "judicial" do Direito Contratual.

2 Responsabilidade extracontratual

A discussão no Direito da responsabilidade extracontratual é travada de forma ainda mais acalorada.

a) Proteção jurídica geral

Sobretudo no caso de pedidos de proteção legal contra grandes emissores, há tentativas de apresentar ações judiciais *per se* como ilegítimas, inapropriadas ou só até certo ponto judicializáveis. Tais reservas institucionais contra o Poder Judiciário são tanto metodológica quanto legalmente descabidas.[155] Os tribunais civis não praticam política climática,[156] e sim julgam sobre atos ilícitos. Eles não comandam o Estado, desde que decidam a disputa jurídica concreta com base na *lex lata*.[157] Em particular, da decisão no "processo da Fundação Urgenda"[158] e do julgamento contra a "Royal Dutch Shell",[159] em que o Estado holandês e a

[152] Especificamente quanto a um prazo de vencimento dependente da validade ou durabilidade, veja BACH; WÖBBEKING, NJW, 2020, 2672 ss. (2676 s.); a favor de uma "obrigação de declaração de garantia", SCHLACKE; TONNER; GAWEL, JZ, 2016, 1030 ss. (1037 ss.).

[153] Veja recentemente a proposta de uma diretiva sobre normas comuns para a promoção do reparo de produtos de 22.3.2023, COM (2023) 155, final; com observações críticas de AUGENHOFER; KÜTER, VuR, 2023, 243 ss.

[154] Detalhes a respeito dessa questão em TONNER, Festschrift Singer, 2021, p. 675 ss.; Bericht der Arbeitsgruppe "Nachhaltigkeit im Zivilrecht" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, 2021, p. 6 ss., 25 ss. (acessível *on-line*).

[155] Isto também se aplica à recusa persistente do Estado da Baviera de cumprir uma decisão judicial sobre a implementação de medidas de proteção ambiental (proibições de motores a diesel); cf. VGH [*Verwaltungsgerichtshof* = Tribunal Administrativo] München, NVwZ, 2017, 894 ss., e, além disso, sua decisão prejudicial, NVwZ-RR, 2019, 409 e, por fim, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, EuGH Rs. C-752/18 (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern) ECLI:EU:C:2019:1114; quanto a essa questão, veja RUFFERT, JuS, 2020, 700 ss.; FELLENBERG, NVwZ, 2022, 913 ss. (914).

[156] Outra posição, ao que tudo indica, em WAGNER, *Klimahaftung vor Gericht* (*supra* nota 8), p. 111 ss., no caso de uma decisão favorável à ação judicial; veja também FELLENBERG, NVwZ, 2022, 913 ss. (920: "esclarecer questões de distribuição *contra legem*"); WALDEN; FRISCHHOLZ, ZIP, 2022, 2473 ss. (2475); é trivial a constatação de que "a proteção climática em nível global [...] não pode ser assunto do Judiciário", como afirma WEGENER, NJW, 2022, 425 ss. (426).

[157] Esta é também a posição de ZEIDLER, *Klimahaftungsklagen*, 2022, p. 97 ss. (com exposição da teoria norte-americana da *Political Question*, ibid., p. 90 ss.).

[158] Gerechtshof Den Haag 9.10.2018 – 200.178.245/01; confirmado por Hoge Raad 20.12.2019 – ECLI:NL:HR:2019:2006; veja quanto a essa questão, do ponto de vista holandês, VAN DER VEEN; DE GRAAF, in: KAHL; WELLER, *Climate Change Litigation*, 2021, p. 363 ss.

[159] Rechtbank Den Haag 26.5.2021 C/09/571932/HA ZA 19-379 ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

RBDFJ51_MIOLO.indd 43 13/02/2025 10:04:30

empresa petrolífera foram obrigados a reduzir as emissões de gases de efeito estufa a um certo nível, não se pode derivar qualquer conclusão confiável para os tribunais civis alemães,[160] especialmente porque na Alemanha a CEDH só se aplica em termos de legislação ordinária.[161] A tragédia dos bens comuns também não limita os poderes dos tribunais civis.[162] Pelo contrário, o TCF tem enfatizado, correta e repetidamente, a obrigação unilateral de proteger os bens comuns.[163] Os apelos aos tribunais civis para que exerçam a autocontenção judicial seguindo o modelo americano da *judicial restraint* também são inadequados.[164] De acordo com o artigo 20, nº 3, da Lei Fundamental, os tribunais alemães estão vinculados pela "lei e pelo direito". A exigência de autocontenção judicial equivale a um pedido de redução da competência. Se, em vez disso, nos concentramos na *lex lata*, deve-se distinguir entre a subsunção a interesses (ou direitos) legalmente nomeados e o desdobramento de outros direitos.

b) Proteção de bens jurídicos nomeados

Em termos concretos, sobretudo a saúde e a propriedade (ou coisas) são nomeadas e protegidas pelo §823, nº 1, do Código Civil e pelo §1 da Lei de Responsabilidade Ambiental.[165] Assim, ao justificar e definir o conteúdo das obrigações de trânsito ou circulação, os aspectos ecológicos também devem ser levados em conta;[166] assim, p. ex., árvores saudáveis só devem ser removidas se houver riscos significativos e medidas de segurança mais brandas não entrarem em cogitação.[167] O vizinho também precisa tolerar, sob certas condições, a estrutura de uma fachada saliente de isolamento térmico construída na divisa.[168] O mesmo se aplica à extensão de ramos de árvore para além da divisa, desde que seja legitimada por um regulamento de proteção das árvores.[169] Se, porém, não houver

[160] Veja também PAYANDEH, in: KAHL; WELLER, *Climate Change Litigation*, 2021, p. 62 ss. (76 ss.).
[161] Cf. BVerfGE 111, 307 ss. (331); diferentemente da Holanda, onde a CEDH até desfruta de primazia sobre o Direito Constitucional; veja detalhes em BOGDANDY; HUBER; WESSEL; VAN DE GRIENDT, *Ius Publicum Europaeum*, 1. ed., 2007, §19 Rn. 6, 45 ss.
[162] Outra posição em WAGNER, *Klimahaftung vor Gericht* (*supra* nota 8), p. 112; WAGNER, NJW, 2021, 2256 ss. (2263).
[163] BVerfGE 157, 30 ss. (149 ss.); BVerfG, NVwZ, 2022, 861 ss. (142 ss.); veja também quanto a isso BRITZ, NVwZ, 2022, 825 ss. (826); MARKUS, ZUR, 2021, 595 ss. (599 s.); SCHMIDT-AHRENDTS; SCHNEIDER, NJW, 2022, 3475 ss. (3478); HELLGARDT; JOUANNAUD, AcP, 222 (2022), 164 ss. (183 ss.).
[164] WAGNER, *Klimahaftung vor Gericht* (*supra* nota 8), p. 125 ss.; WAGNER, NJW, 2021, 2256 ss. (2262 s.).
[165] Segundo o §23 da Lei de Responsabilidade Ambiental, porém, essa lei não é aplicada na medida em que o dano tenha sido causado antes de sua entrada em vigor (1.1.1991); quanto à "função da prevenção ambiental", veja BT Drs. 11/7104 p. 1, 14; WAGNER, AcP, 206 (2006), 352 ss. (439); KLOEPFER, *Umweltrecht* (*supra* nota 105), §6 Rn. 113 ss.
[166] Cf. apenas MEDICUS, JZ, 1986, 778 ss. (782).
[167] Veja apenas STAUDINGER; HAGER, BGB, 2021, §823 E Rn. 154, com referências adicionais.
[168] Veja detalhes em BGH, NJW-RR, 2022, 1095 ss.; 2022, 92 ss.
[169] BGH, NJW, 2021, 2882 ss. (28 ss.).

RBDFJ51_MIOLO.indd 44 13/02/2025 10:04:30

normas de proteção da natureza, o direito à autoajuda previsto no §910 do Código Civil não é restringido, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, mesmo que a remoção da saliência da árvore ameace causar a morte dela.[170] Esta decisão é impugnável e deficiente na medida em que não considera aspectos da legislação relativos à proteção da natureza consoante ao art. 20a da Lei Fundamental. Além disso, problemas particularmente graves se colocam no caso de emissões que já tenham ocorrido ou que sejam apenas esperadas no futuro. O tema é discutido até mesmo no universo jurídico sob os termos de sustentabilidade, responsabilidade climática ou *climate litigation*, mas do ponto de vista jurídico se trata simplesmente de atos ilícitos.

aa) Emissões anteriores

O *leading case* sobre o comportamento em relação a emissões já ocorridas está atualmente sendo ouvido pelo Tribunal Estadual de 2ª Instância de Hamm. O demandante é coproprietário de uma casa em uma cidade andina do Peru localizada abaixo do lago de uma geleira. Ele exige, de acordo com o §1004, nº 1, 1, em conjunto com os §§677 ss. ou o §812 do Código Civil,[171] que a empresa RWE AG contribua proporcionalmente para cobrir os custos das medidas de proteção em sua casa devido às emissões de gases de efeito estufa causados pela empresa. Estas medidas são necessárias para proteger a casa contra uma inundação iminente em decorrência do derretimento da geleira.[172] O problema central do caso é principalmente de natureza científica na medida em que se precisa expor a causalidade entre as emissões, a alteração climática, o derretimento do glaciar e o risco de inundação para a casa.[173] O Tribunal de Hamm determinou uma coleta abrangente de provas com visitas *in loco*,[174] e pode recorrer a achados científicos iniciais.[175] Do ponto de vista jurídico, estão em pauta controvérsias clássicas, em

[170] BGH, NJW, 2021, 2882 ss. (23 ss.).

[171] Quanto a esse controvertido direito a indenização de custos, veja WAGNER, *Klimahaftung vor Gericht* (*supra* nota 8), p. 104 s.; SCHIRMER, JZ, 2021, 1099 ss. (1099), com referências adicionais.

[172] Quanto à problemática análoga de regiões litorâneas ameaçadas pela elevação do nível do mar, veja FRANK, NJOZ, 2010, 2296 ss.

[173] Pormenores sobre essa questão em SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht* (*supra* nota 13), p. 125 ss.; quanto à "causalidade jurídica", veja KIENINGER, ZHR, 187 (2023), 348 ss. (363 ss.); THÖNE, ZUR, 2022, 323 ss. (325 ss.); FRANK, NVwZ, 2017, 664 ss. (668): "Mesmo nexos não lineares satisfazem a condição de causalidade se – como no caso presente – existe um nexo funcional entre a causa e as consequências de tal espécie que, junto com a quantidade de emissões de CO2 liberadas, aumenta a gravidade do dano causado ao imóvel do demandante que pode ser atribuído a elas".

[174] Comunicado de imprensa do Tribunal de Hamm de 17.6.2022; Disponível em: https://www.olg-hamm.nrw.de 2022_Pressearchiv; veja também a resolução anterior de 30.11.2017, ZUR, 2018, 118 s.

[175] STUART-SMIT; ROE; LI; ALLEN, Increased outburst flood hazard from Lake Palcacocha due to human-induced glacier retreat, (2021) 14 Nature Geoscience, 85 (Abstract): "We conclude that it is virtually certain (>99% probability) that the retreat of Palcaraju glacier to the present day cannot be explained by natural variability alone, and that the retreat by 1941 represented an early impact of anthropogenic greenhouse gas emissions.

RBDFJ51_MIOLO.indd 45 13/02/2025 10:04:30

particular a contribuição causal para o total de emissões, bem como a infração de deveres e a ilegalidade.[176] Pessoalmente, tendo a negar a infração do dever e a ilegalidade, uma vez que a empresa de energia está cumprindo um mandato público de prestação de serviços de interesse geral.[177] O marco jurídico implica a legalidade das emissões de gases de efeito estufa, especialmente devido à obrigação de fornecimento consoante à legislação em matéria de energia.[178] No entanto, o proprietário peruano está ameaçado de sofrer um dano enorme à sua propriedade, de modo que poderia receber uma indenização justa (limitada à contribuição da RWE para a causação inferior a 0,5%[179]) de acordo com os princípios da responsabilidade sacrificial segundo o §906, nº 2, 2 do Código Civil,[180] que não pressupõe

Our central estimate is that the overall retreat is entirely attributable to the observed temperature trend, and that the resulting change in the geometry of the lake and valley has substantially increased the outburst flood hazard [Concluímos que é virtualmente certo (>99% de probabilidade) que o recuo do glaciar Palcaraju até o presente não pode ser explicado tão somente pela variabilidade natural, e que o recuo em 1941 representava um impacto inicial das emissões antropogênicas de gases de efeito estufa. Nossa estimativa central é de que o recuo geral pode ser inteiramente atribuído à tendência de temperatura observada e que a mudança na geometria do lago e do vale daí decorrente aumentou substancialmente o risco de enchente por rompimento do lago".; veja também os relatórios atuais do Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) em www.ipcc.ch.

176 Quanto à competência dos Tribunais Civis alemães e à aplicabilidade do Direito alemão, veja KIENINGER, ZHR, 187 (2023), 348 ss. (354 ss.); KIENINGER, in: KAHL; WELLER; KIENINGER, *Climate Change Litigation*, 2021, p. 119 ss. (127 ss., 138 ss.); WELLER; TRAN, ZeuP, 2021, 573 ss. (593 ss.); quanto à responsabilidade organizacional de múltiplas entidades jurídicas, veja Gsell, ZHR, 187 (2023), 392 ss. (401 ss.), com amplas referências bibliográficas.

177 Cf. apenas BVerfGE 66, 248 ss. (258): "O abastecimento de energia faz parte da área dos serviços de interesse geral; ele é um serviço do qual o cidadão necessita inelutavelmente para assegurar uma existência com dignidade".

178 Quanto ao §14 da Lei Federal sobre o Controle de Imissões [*Bundes-Immssionsschutzgesetz*], veja WAGNER, *Klimahaftung vor Gericht* (*supra* nota 8), p. 84 ss.; quanto à Lei sobre o Comércio de Direitos de Emissão de Gases de Efeito Estufa [*Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz*], CHATZINERANTZIS; APPEL, NJW, 2019, 881 ss. (885); outra opinião em KIENINGER, ZHR, 187 (2023), 348 ss. (379 ss.), segundo a qual se violou uma obrigação de redução de emissões; contudo, isso dificilmente é compatível com a obrigação de abastecimento; o julgamento deveria ser diferente se a RWE enganasse permanentemente o legislador e este nada soubesse dos perigos para o clima; SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht* (*supra* nota 13), p. 208 ss. (com o argumento, entre outros, a respeito de obrigações de advertência); PÖTTKER, *Klimahaftungsrecht*, 2014, p. 124 ss.; a "Decisão sobre o Caso do Forno de Cúpula [*Kupolofen-Entscheidung*]", BGHZ, 92, 143 ss. (152), afirma meramente que "os valores da chamada *TA-Luft* [Instruções Técnicas sobre Controle de Qualidade do Ar] [...] são apenas um valor geral de referência" e "as circunstâncias concretas [...] podem ser diferentes".

179 Quanto a essa redução, veja já em FRANK, NJOZ, 2010, 2296 ss. (2300); uma responsabilidade solidária também seria desproporcional, cf. BECKOGK; KLIMKE, BGB, 2023, §906 Rn. 322; quanto aos microemissores, veja ainda THÖNE, ZUR, 2022, 323 ss. (327); ZEIDLER, *Klimahaftungsklagen* (*supra* nota 157), p. 60 ss.; PÖTTKER, *Klimahaftungsrecht* (*supra* nota 178), p. 136 ss. (ausência de violação de obrigações relativas ao trânsito ou circulação).

180 Quanto à obrigação de tolerância no caso de empresas "vitais", veja MÜKOBGB; BRÜCKNER, 9. ed., 2023, §906 Rn. 107 ss., com amplas referências bibliográficas; visto que os danos ou restrições devem ser tolerados segundo o §906, n. 2, 1 do Código Civil, exclui-se um direito consoante ao §14, 2 da BImSchG, cf. STAUDINGER; ROTH, BGB, 2020, §906 Rn. 76; BECKOGK; KLIMKE, BGB, 2023, §906 Rn. 322.

RBDFJ51_MIOLO.indd 46 13/02/2025 10:04:31

proximidade local nem no texto da norma nem na intenção regulatória.[181] Se o Tribunal de Hamm decidisse neste sentido ou, alternativamente, reafirmasse a infração do dever, poder-se-ia criticar a avaliação dos argumentos e o resultado. O caso só se tornaria um problema de separação de poderes e de desenvolvimento contralegal do Direito[182] se a cadeia causal desde a emissão até que a ocorrência iminente do dano não pudesse ser validamente provada nos moldes do §286 do Código de Processo Civil.[183] Um grande número de outras partes potencialmente lesadas não altera esta situação porque e na medida em que grandes emissores individuais são corresponsáveis por danos em massa, p. ex., devido à elevação do nível do mar.[184]

bb) Emissões futuras

Mais recentemente, ações judiciais também se voltam contra comportamentos relacionados a emissões futuras que poriam em risco interesses legais explicitamente nomeados nos moldes do §823, nº 1 do Código Civil. Tanto a ameaça de violação iminente de patrimônio agrícola e florestal quanto danos à saúde foram alegados perante os Tribunais de 1ª Instância de Detmold e de Braunschweig como parte de uma ação cominatória de caráter preventivo.[185] Em particular, a

[181] A formulação do §906 do Código Civil não pressupõe imóveis lindeiros; basta o nexo causal entre efeito e dano; cf. BECKOGK; KLIMKE, BGB, 2023, §906 Rn. 73; STAUDINGER; ROTH, BGB, 2020, §906 Rn. 115; KOCH; LÜHRS; VERHEYEN, in: LORD; GOLDBERG; RAJAMANI; BRUNNÉE, *Climate Change Liability:* Transnational Law and Practice, 2012, p. 376 ss. (407); detalhes em FRANK, ZUR, 2013, 28 ss. (31); além disso, Mot. III p. 264: "Nós vivemos no fundo de uma espécie de mar de ar. Essa circunstância acarreta necessariamente a extensão da atividade humana para muito longe"; outra opinião em PÖTTKER, *Klimahaftungsrecht* (*supra* nota 178), p. 86 ss.; WAGNER; ARNTZ, in: KAHL; WELLER, *Climate Change Litigation*, 2021, p. 405 ss. (426 s.); AHRENS, VersR, 2019, 645 ss. (651), que emitiu um parecer do ponto de vista do Direito Processual para a RWE AG.

[182] Em um parecer jurídico para a RWE AG, o juiz GÄRDITZ (juiz de meio período no Tribunal Administrativo de Recursos da Renânia do Norte-Westfália), EurUP, 2022, 45 ss. (64, 71), toma como ponto de partida "cláusulas gerais nos §§823, 906, 1004 do Código Civil", razão pela qual a reserva legal contrariaria direitos de responsabilização do Direito Privado. Entretanto, nenhuma dessas disposições constitui uma cláusula geral; antes, "as normas do Direito Civil (em especial §§823 ss., 1004 do Código Civil) são expressão dessa reserva legal", afirma explicitamente RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, p. 68; referência infundada à "teoria da substancialidade" também se encontra em SPIETH; HELLERMANN, NVwZ, 2020, 1405 ss. (1408) (atuando como "assessores jurídicos").

[183] A instância anterior, o Tribunal de 1ª Instância de Essen, ZUR, 2017, 370 ss. (372 s.), negou a causalidade; outra opinião, exposta pormenorizadamente, em SCHIRMER, JZ, 2021, 1099 ss.

[184] Em um parecer jurídico para a Volkswagen AG, o ministro aposentado do Tribunal Constitucional Federal DI FABIO não vê a liberdade das pessoas lesadas ameaçada, mas sustenta, pelo contrário, que "a escolha e responsabilização de determinados 'expoentes da economia' por um comportamento de toda a sociedade e praticado internacionalmente se presta a destruir o sistema da autonomia privada (sic!)", *Verfassung und Klimahaftung*, 2023, p. 22, 91 (em associação com uma exposição críptica sobre a teoria da usurpação, ibid., p. 15); quanto à atividade desse ministro aposentado do TCF como autor de pareceres, veja detalhes na Lobbypedia: https://lobbypedia.de›wiki›Udo_di_Fabio.

[185] Quanto a demandas semelhantes perante o TEDH, veja acima nota 67.

RBDFJ51_MIOLO.indd 47 13/02/2025 10:04:31

demandada Volkswagen AG deveria ser proibida de colocar no mercado veículos com motores de combustão a partir de 2030.

Ambos os tribunais consideraram as ações infundadas porque o demandante não indicou quais prejuízos ou danos significativos consoante o §906, nº 1, 1 do Código Civil afetariam justamente a ele.[186] Esta argumentação parece pouco convincente porque o autor da ação, como qualquer outra pessoa, não precisa aceitar quaisquer riscos significativos para a saúde.[187] Contudo, a prova científica da causalidade implica problemas específicos também neste caso, incluindo o enquadramento nas chamadas emissões de escopo 3, que não surgem quando da fabricação dos veículos, mas apenas ao serem utilizados pelo comprador. Além disso, o regulamento da UE sobre valores-limite de frotas de veículos somente prevê uma cessação no ano de 2035 e estabelece uma obrigação de tolerância até então, em conformidade com o §1004, nº 2, do Código Civil.[188] A proteção da saúde das pessoas que se visa, a tencionada preservação da competitividade da economia e todo o processo legislativo depõem a favor de disposições concludentes[189] que não devem ser contrariadas em termos do Direito Privado.[190] Isto também se aplica à Lei Nacional de Proteção do Clima, na qual o legislador alemão normatizou detalhadamente a forma como os objetivos de proteção climática devem ser alcançados.[191] A introdução de um limite de velocidade nas autoestradas, exigida pelas associações ambientalistas, foi rejeitada pelo legislador como medida concreta de implementação. Se, em vez disso, os tribunais obrigassem os fabricantes de automóveis a produzir apenas carros com uma velocidade máxima de 130 km/h, o legislador perderia sua função de instância produtora de Direito.

[186] LG [Tribunal de 1ª Instância] Detmold, BeckRS, 2023, 2862 (17, mediante referência a SCHIRMER, NJW, 2023, 113 ss., 117, que considera duvidoso que se suponha haver uma lesão substancial apenas por causa de perigos consideráveis para a saúde e perigos materiais); LG Braunschweig, KlimR, 2023, 88 ss. (116).

[187] Veja WILHELMI, *Risikoschutz durch Privatrecht*, 2009, p. 92; STAUDINGER; ROTH, BGB, 2020, §906 Rn. 110; inversamente, deve-se temer um dano substancial à saúde e não um mero mal-estar; cf. apenas MEDICUS, JZ, 1986, 778 ss. (783).

[188] Outra opinião em SCHIRMER, NJW, 2023, 113 ss. (116 s.), com referências adicionais.

[189] Veja apenas os considerandos 3, 7, 8, 17 do Regulamento (UE) 2023/851 do Parlamento e do Conselho Europeu de 19 de abril de 2023; particularmente claro é também o considerando 21: "Os fabricantes deverão dispor de flexibilidade suficiente para adaptarem progressivamente as respectivas frotas, a fim de gerirem a transição para veículos com nível nulo de emissões de forma eficaz em termos de custos de uma maneira que sustente a sua competitividade e prepare o terreno para outras inovações. É, pois, adequado manter a abordagem de redução dos níveis-alvo a intervalos de cinco anos".

[190] LG Stuttgart, NVwZ, 2022, 1663 s. (25); outra opinião em LG Braunschweig, KlimR, 2023, 88 ss. (94: padrões mínimos); Klinger (representante processual), EurUP, 2022, 20 ss. (29): "Pois na medida em que as respectivas restrições só podem ser estabelecidas no nível do Direito da União Europeia, como no caso das regulamentações de CO2 para veículos automotores, não existe uma proteção jurídica imediata frente à União. Entretanto, não se poderão deixar as pessoas sem proteção jurídica [...]".

[191] Veja também BVerfGE 157, 30 ss. (208); IPSEN; WASSMUTH; PLAPPERT, ZIP, 2021, 1843 ss. (1851); GIESBERTS; HAAS, KlimaRZ, 2022, 3 ss. (7).

RBDFJ51_MIOLO.indd 48 13/02/2025 10:04:31

Como consequência disso, pode-se acusar o legislador de violar seu dever de proteção e criticar o Tribunal Constitucional Federal por aceitar sua omissão com base em uma margem supostamente ampla de avaliação, estimativa e estruturação.[192] Em todo caso, os emissores agem em conformidade com a lei.

c) Proteção de outros direitos

Em geral, mostra-se que os bens juridicamente protegidos da saúde e da propriedade só servem à proteção ambiental de maneira muito limitada e reflexa. Existem, por isso, várias tentativas de ampliar os "outros" direitos não nomeados de acordo com o §823, nº 1 do Código Civil nos moldes da sustentabilidade ecológica.

aa) Bens ambientais específicos

Uma proposta que permaneceu isolada é a de Köndgen, que gostaria de elevar bens ambientais nomeados concretamente, como ar puro ou água limpa, à condição de "outros direitos".[193] A fim de evitar uma ação judicial popular que rompa o sistema, violações destes interesses ambientais só devem ser passíveis de sanção se o requerente puder demonstrar danos patrimoniais.[194] Isto afetaria, por exemplo, o operador de uma piscina ao ar livre que tenha perdido faturamento devido à poluição de um rio,[195] ou atualmente um operador de teleférico de uma estação de esqui que esteja sofrendo graves perdas de receita devido ao derretimento de glaciares. No entanto, para tal proteção das bases naturais da vida, os bens ambientais coletivos carecem do conteúdo de destinação ou afetação necessário para uma proteção jurídica de acordo com o §823, nº 1 do Código Civil.[196] A isso se acresce um conflito de valoração quanto ao direito à operação comercial instalada e exercida,[197] que pressupõe uma violação relacionada à empresa que geralmente falta no caso de impactos prejudiciais ao meio ambiente.

bb) Direitos gerais de personalidade

Indo além da consideração dos bens ambientais específicos, há muito se vem sugerindo que os danos ambientais devem ser vistos como violações do

[192] BVerfGE 157, 30 ss. (143 ss.); consequentemente, o alcance de uma "eficácia horizontal direta" não pode ser maior do que o dever estatal de proteção; veja LG Braunschweig, KlimR, 2023, 88 ss. (86); FELLENBERG, NVwZ, 2022, 913 ss. (920).

[193] KÖNDGEN, UPR, 1983, 345 ss. (349 ss.).

[194] Oposição à qualificação do "meio ambiente" como "outro direito" nos moldes do §823, nº 1 do Código Civil já se encontra em DIEDERICHSEN, BB, 1973, 485 ss. (487 s.); recentemente, em GSELL, ZHR, 187 (2023), 392 ss. (399).

[195] KÖNDGEN, UPR, 1983, 345 ss. (350).

[196] Posição nesse sentido em STAUDINGER; KOHLER, BGB, 2017, Einl. zum UmweltHR Rn. 69; BECKOGK; SPINDLER, BGB, 2023, §823 Rn. 801; PÖTTKER, *Klimahaftungsrecht* (*supra* nota 178), p. 67.

[197] Posição crítica sobre esse direito geral em LARENZ; CANARIS, *Schuldrecht II/2*, 1994, p. 544 ss., com referências adicionais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 49 13/02/2025 10:04:31

direito geral de personalidade.[198] Em ações judiciais perante os tribunais civis alemães na atualidade que se voltam contra a comercialização de motores de combustão e a extração de gás natural e petróleo, o pedido de medida cautelar também se baseia no direito geral de personalidade.[199]

Contudo, devido à sua gênese, à sistemática legal e a suas manifestações em termos de tipos, o direito geral de personalidade não abrange danos ambientais. Desde a "decisão do processo Schachtbrief",[200] o desenvolvimento "judicial" do direito geral de personalidade tem se baseado na garantia da dignidade humana segundo o art. 2, nº 1 em conjunto com o art. 1, nº 1 da Constituição, enquanto a proteção ambiental está especificamente ancorada no art. 20a da mesma. O enquadramento no direito geral de personalidade também seria contrário ao sistema, porque processualmente levaria a uma ação popular que estaria em contradição com o §823, nº 1 do Código Civil, que visa interesses individuais,[201] e materialmente colidiria com seu conceito de proteção na medida em que o necessário dano à saúde[202] seria substituído por um mero mal-estar.[203] Em termos de suporte fático, o direito à personalidade assume duas formas: por um lado, o direito ao respeito pela integridade pessoal (que se volta contra a exploração, investigação ou outras degradações do indivíduo) e, por outro, o direito ao respeito pela integridade social (que protege a pessoa como ser comunitário contra distorções ou achincalhações frente a outras).[204] Em princípio, os danos ambientais não podem ser incluídos nestas duas dimensões do direito de defesa. Não obstante, argumenta-se que o comportamento dos principais emissores acarreta a ameaça de perdas substanciais de liberdade com graves restrições à vida pessoal, à vida cultural e à mobilidade.[205] Contudo, todos esses receios dizem respeito aos serviços de interesse geral, mais precisamente ao "direito fundamental ao nível existencial ecológico mínimo" do art. 1, nº 1 em associação com o art. 20, nº 1 da Lei

198 Veja FORKEL, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*, 1968, p. 24 ss., 47 ss.

199 LG Stuttgart, NVwZ, 2022, 1663 s.; LG München I, KlimR, 2023, 93 ss. (negando, em cada caso, uma ação cominatória); entrementes, o recurso contra o julgado do LG Stuttgart foi rejeitado consoante ao §522, nº 2, da Código de Processo Civil, cf. OLG Stuttgart 12 U 170/22 – juris; veja quanto à petição inicial perante o LG Kassel www.deutsche-umwelthilfe-klimaklage-gegen-oel-und-gaskonzern-wintershall.

200 BGHZ 13, 334 ss.

201 WILHELMI, *Risikoschutz durch Privatrecht* (*supra* nota 187), p. 92; STAUDINGER; KOHLER, BGB, 2017, Einl. UmweltHR, Rn. 67; MüKoBGB; Wagner, 8.ed., 2020, §823 Rn. 354, com referências adicionais.

202 Não é preciso discutir se, do ponto de vista médico, o transtorno interior precisa ser considerável, isto é, carente de tratamento, ou se, como no Direito Social, a própria necessidade de tratamento ou incapacidade para o trabalho (p. ex., em decorrência de uma infecção) são suficientes; veja quanto à controvérsia STAUDINGER; HAGER, BGB, 2017, §823 B Rn. 20, com referências adicionais.

203 Cf. SEIBT, *Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden* (*supra* nota 3), p. 49.

204 Mais pormenores em NEUNER, JuS, 2015, 961 ss. (963 ss.).

205 LG München I, BeckRS, 2023, 2861 (57).

RBDFJ51_MIOLO.indd 50 13/02/2025 10:04:31

Fundamental,[206] que é reclamado mediante a ampliação do Direito. Entretanto, o TCF já negou uma possível violação deste direito com base na adesão ao Acordo de Paris,[207] o que não exclui que a situação de risco e a situação jurídica se alterem no futuro.

cc) Direito de exercício da liberdade

Finalmente, em alguns processos judiciais se tentou derivar a obrigação de reduzir as emissões de um "direito de manter a liberdade relacionada com os gases de efeito estufa", que, por sua vez, deveria corporificar um "outro direito" de acordo com o §823, nº 1 do Código Civil.[208] Esta concepção também é incompatível com o necessário conteúdo de destinação ou afetação e a função de exclusão de direitos nos moldes do §823, nº 1 do mesmo Código.[209] Ela ignora também o direito de "liberdade" concebido de forma restrita como mera liberdade de movimento físico. A "decisão sobre o clima" do TCF[210] e seu recurso ao imperativo de assegurar a liberdade intertemporal também não fornecem sustentação para uma ampliação jurídica. O imperativo da garantia da liberdade intertemporal abrange apenas as medidas tomadas pelo Estado, e tão somente aquelas que dizem respeito à totalidade das emissões permitidas.[211]

V Reformas

Todas as minhas explicações metodológicas pregressas, especialmente em relação ao §823, nº 1 do Código do Direito Civil, não são nada espetaculares e não contêm qualquer ímpeto inovador ou, menos ainda, vanguardista.

1 Limites

O oposto aconteceria se se redefinisse juridicamente a natureza, se lhe atribuíssem certos direitos próprios ou interesses existenciais[212] ou mesmo se se

[206] Veja quanto a isso acima nota 73.
[207] Cf. BVerfGE 157, 30 ss. (115); veja também acima nota 74.
[208] LG Braunschweig, KlimR, 2023, 88 ss.; LG Detmold, BeckRS, 2023, 2862.
[209] Cf. LG Detmold, BeckRS, 2023, 2862 (18).
[210] BVerfGE 157, 30 ss.
[211] Veja *supra* notas 101 s.
[212] Referência fundamental é STONE, Should Trees Have Standing?, *Southern California Law Review* 45 (1972), 450 ss.; posição crítica em PETERSEN, *Studien zur juristischen Ideengeschichte*, 2023, 149 (155 s.); quanto a abordagens ecocêntricas no Direito vigente, veja GRUBER, *Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben*, 2006, p. 199 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 51 13/02/2025 10:04:31

atestasse que ela tem capacidade jurídica.[213] A ideia não é totalmente descabida se considerarmos a história do desenvolvimento de associações sem capacidade jurídica ou do Direito geral de Personalidade. E por que as empresas e não a natureza deveriam desfrutar de direitos de personalidade? Metodologicamente, poder-se-ia tentar mobilizar a garantia da dignidade humana do art. 1, nº 1 da Lei Fundamental com a ajuda da interpretação constitucional[214] ou, à semelhança do Rechtbank Den Haag, levar em conta os art. 2 e 8 da CEDH.[215] Nos termos do direito Comparado, poder-se-ia remeter à proteção da Mãe Terra na Constituição equatoriana[216] ou a todos os rios e lagoas do mundo que entrementes são dotados de direitos.[217]

Entretanto, o Estado constitucional não permite um ecletismo metodológico no sentido de "qualquer coisa serve",[218] mas exige uma argumentação que se oriente pelas normas da Constituição.[219] Qualquer pessoa que ignore o TCF e afirme que "os textos sobre direitos fundamentais e humanos [...] [revelam-se] suficientemente abertos à interpretação para dotar entidades jurídicas não humanas com direitos de demandar"[220] está abrindo mão, em nível nacional, do princípio da separação de poderes e da democracia. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, em nível europeu a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de 1ª Instância de Erfurt, no qual se afirma que "direitos próprios da natureza – *rights of nature* – [podem] ser derivados da Carta e do Tratado da União Europeia, p. ex., através de analogia".[221]

---

213 Cf. LEIMBACHER, *Die Rechte der Natur* (*supra* nota 3), p. 373 ss. (p. 377: "objeto e sujeito de Direito ao mesmo tempo"); panorama mais conciso da história das ideias em SCHRÖTER; BOSSELMANN, ZUR, 2018, 195 ss. (196 ss.); a partir da discussão atual (com posição crítica), veja WOLF, ZUR, 2022, 451 ss., com referências adicionais.

214 Veja FISCHER-LESCANO, ZUR, 2018, 205 ss. (213 ss.).

215 Vgl. *supra* notas 19, 63.

216 Abordagem monográfica sobre a Constituição equatoriana em GUTMANN, *Hybride Rechtssubjektivität*, 2021; quanto à situação da Constituição e do Direito da Bolívia, veja exposição sucinta em JOHNS, KlimR, 2023, 98 ss. (100 s.).

217 Panorama em FISCHER-LESCANO, ZUR, 2018, 205 ss. (206 s.); JOHNS, KlimR, 2023, 98 ss. (101 s.).

218 Mesmo que, com isso, se tenha de sofrer a acusação de uma suposta "teoria positivista"; veja K. SCHMIDT, JZ, 2003, 585 ss. (585 quanto à crítica a uma ampliação metodologicamente voluntariosa do Direito Comercial que faz dele um Direito Privado externo das empresas).

219 Isso se aplica mais ainda levando em conta tentativas arbitrárias feitas no passado de redefinir a capacidade jurídica e adaptá-la ao espírito da época; cf. LARENZ, Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: DAHM et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 225 ss. (259): "Não é 'todo ser humano' que tem, como pessoa, capacidade jurídica, e sim somente o compatriota como 'camarada jurídico'. O estrangeiro desfruta, como hóspede, de uma capacidade jurídica derivada e restrita"; não precisamos decidir aqui se isso é uma "mudança interpretativa" do §1 do Código Civil ou uma "proposta ao legislador"; veja as interpretações controvertidas de CANARIS, in: GRUNDMANN; RIESENHUBER, *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, v. 2, 2010, p. 264 ss. (277 s.), bem como RÜTHERS, JZ, 2011, 593 ss. (597 s.).

220 FISCHER-LESCANO, ZUR, 2018, 205 ss. (215).

221 LG Erfurt, 09.08.2021 - 8 O 481/21 – juris sob C 2. c) – EuGH Rs. C-506/21.

RBDFJ51_MIOLO.indd 52 13/02/2025 10:04:31

2 Opções

Entretanto, a ciência do Direito Privado não só tem de delinear os limites da *lex lata*, mas também aceitar os desafios atuais e desenvolver perspectivas *de lege ferenda*. Uma contraproposta bem conhecida já foi formulada por Karl Marx em sua "Crítica da economia política", onde diz: "Mesmo uma sociedade inteira, uma nação, e até todas as sociedades concomitantes tomadas em conjunto, não são donos da terra. Elas são apenas seus proprietários, seus beneficiários e, como *boni patres familias*, devem deixá-la melhorada para as gerações subsequentes".[222] Esta concepção é obviamente incompatível com a garantia constitucional da propriedade e com os requisitos de uma proteção ambiental eficaz. Mas não o é menos também o outro extremo de uma concepção irrestrita de propriedade, que, por definição, permite aos *mali patres familias* deixarem a terra em uma condição deteriorada e até mesmo catastrófica para as gerações subsequentes. Do ponto de vista do Direito Privado se coloca, por isso, a questão da obrigação ecológica da propriedade.[223] É apropriado que o proprietário possa, em princípio, lidar arbitrariamente com os bens naturais nos moldes do §903 do Código Civil ou seria necessário avaliar o exercício dos direitos de proprietário como uma interferência na natureza e medi-lo com base no princípio da proporcionalidade? Além das competências do proprietário, resta esclarecer qual a melhor forma de prevenir ou pelo menos compensar os danos ecológicos[224] causados a bens de terceiros ou ao público em geral. Uma discussão destes problemas é tanto mais urgente quanto há numerosas propostas de reforma constitucional em debate que têm, em parte, relevância direta para o Direito Civil. As recomendações de mudança vão desde um direito fundamental processual,[225] passando por um direito fundamental material à proteção ambiental,[226] até a exigência de Jens Kersten de reconhecer as pessoas

[222] MARX, *Das Kapital*, livro III/2, 1894, cap. 46, p. 309.

[223] Quanto à "obrigação ecológica" da propriedade veja BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte* (*supra* nota 3), p. 100 ss.; LEIMBACHER, *Die Rechte der Natur* (*supra* nota 3), p. 268 ss.

[224] Uma definição legal de dano ambiental está contida (com referência à recuperação) no §2, nº 1 da USchadG; veja quanto ao conceito "dano ecológico" também KADNER, *Der Ersatz ökologischer Schäden* (*supra* nota 3), p. 25 ss., 208 ss. (com proposta de definição à p. 34): "Todo comprometimento considerável e duradouro da economia da natureza ou de partes dela, mais concretamente: todo comprometimento considerável e duradouro dos bens naturais do ar, do clima, da água, do solo, das plantas ou dos animais bem como de suas interações".

[225] CALLIESS, ZUR, 2021, 323 ss. (328) defende um novo art. 2, nº 3 da LF: "Todo ser humano tem direito a um meio ambiente limpo e saudável, bem como à sua conservação e proteção. Isso é garantido mediante direitos a informação, participação no processo administrativo e acesso efetivo aos tribunais".

[226] Veja recentemente (em favor de uma ampliação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE) VON SCHIRACH, *Jeder Mensch*, 2021, p. 18: "Artigo 1 – Toda pessoa tem o direito de viver em um meio ambiente saudável e protegido"; posição afirmativa em KLINGER, ZUR, 2021, 257 s.; BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte* (*supra* nota 3), p. 94 (em favor de uma ampliação do art. 1, nº 1, 3 da LF): "A dignidade humana compreende

RBDFJ51_MIOLO.indd 53 13/02/2025 10:04:31

ecológicas como sujeitos de direitos fundamentais em um art. 19, nº 3 ampliado da Lei Fundamental.[227] Quais são, então, as opções concretas que o Direito Civil poderia oferecer para melhorar a proteção ambiental?

a) Correções pontuais

Inicialmente, entram em cogitação alterações puramente pontuais, p. ex., facilitando a apresentação de provas ou direitos a informações. Contudo, isto implicaria apenas correções marginais, especialmente porque uma interpretação em conformidade com a Constituição por vezes ajuda[228]. Se fossem introduzidas obrigações de sustentabilidade, como no §9 do novo Código Civil chinês, segundo o qual "os sujeitos civis [...] [devem] contribuir para a conservação dos recursos [e devem] proteger o ambiente ecológico",[229] também seriam necessárias possibilidades de mover uma ação, para criar mais do que uma regulamentação meramente declaratória, mas, de qualquer modo, apropriada.

b) Sistemas de indenização coletiva

Uma alternativa mais abrangente seriam sistemas de indenização coletiva, seja sob a forma de um modelo de fundo financiado pelos poluidores[230] ou nos moldes de uma cooperativa (com base no sistema de precaução e compensação do seguro obrigatório contra acidentes).[231] Entretanto, estas sugestões se tornaram em grande parte obsoletas com a introdução do comércio de certificados. Além disso, elas têm pouco efeito sobre o comportamento e envolvem um elevado dispêndio administrativo.[232]

c) Modelos de responsabilidade extracontratual

Se, em vez disso, procurarmos soluções a partir do Direito de Responsabilidade, várias opções entram em cogitação.

aa) A natureza como bem juridicamente protegido

Uma primeira opção consiste em consagrar o direito a um ambiente intacto no §823, nº 1 do Código Civil. Essa tutela alargada de bens juridicamente protegidos

o respeito pela natureza"; quanto ao debate mais antigo veja BT-Drs. 11/604; 10/990 (projetos de lei da bancada do Partido Verde alemão), *supra* nota 72 e KLOEPFER, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, 1978.

227 KERSTEN, *Das ökologische Grundgesetz*, 2022, p. 100 ss.; KERSTEN, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 67 (2022), 91 ss. (99 s.); em favor de um catálogo à parte dos direitos da natureza nos art. 20b ss. da LF, BUSER; OTT, in: ADLOFF; BUSSE, *Welche Rechte braucht die Natur*, 2022, p. 159 ss. (168 s.).

228 Veja, p. ex., quanto ao §251, nº 2 do Código Civil, *supra* notas 149 s.

229 Tradução para o alemão de DING; KLAGES; LEIBKÜCHLER; PISSLER, ZchinR, 2020, 207 ss. (209).

230 GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts* (*supra* nota 3), p. 364 ss.; WESTERMANN, *Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luftreinhaltung und zur Verbesserung des Nachbarrechts sind erforderlich?*, 1958, p. 67 ss.

231 WAGNER, *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, 1990.

232 Cf. KÜHN, *Umweltschutz durch Privatrecht* (*supra* nota 3), p. 70.

RBDFJ51_MIOLO.indd 54 13/02/2025 10:04:31

corresponderia à introdução de um direito fundamental à proteção ambiental. De acordo com ela, todo indivíduo teria direito a ações de cessação, remoção ou indenização se seu direito subjetivo a um meio ambiente limpo e saudável for violado.

O que depõe contra este modelo é que o meio ambiente representa um interesse jurídico coletivo. Ele deve, portanto, ser protegido de modo abrangente e não apenas a partir da perspectiva seletiva de uma pessoa afetada individualmente. Se, porém, houver muitos afetados, existe a ameaça de instauração de uma ação popular. A consequência jurídica de um direito individual de indenização também não é adequada, pois o direito a um meio ambiente intacto carece do conteúdo de destinação ou afetação exigido pelo §823, nº 1, do Código Civil.[233]

bb) Ação coletiva de Direito Privado

Estas discrepâncias não resultariam da introdução de uma ação coletiva de indenização por danos ecológicos.[234] Se as associações privadas de proteção da natureza fossem incumbidas de reivindicar direitos de compensação por danos ecológicos, elas poderiam, com elevado nível de competência técnica, tomar medidas contra todos os autores de danos ambientais e, por sua vez, ser obrigadas a utilizar pagamentos de indenização exclusivamente para fins de proteção da natureza. Em termos processuais se evitaria uma ação popular e se poderia esperar, de modo geral, um grande efeito preventivo.

A introdução de tal ação coletiva de Direito Privado vem sendo discutida há muito tempo.[235] Poderíamos também tomar o exemplo do Código Civil francês (art. 1246 a 1252), que contém agora um capítulo separado sobre a reparação de danos ambientais e legitima certas associações de proteção da natureza para mover processo.

[233] Veja também acima nota 196.

[234] Quanto à ação coletiva no Direito Privado vigente, veja HALFMEIER, *Popularklagen im Privatrecht*, 2006, p. 76 ss.; Bericht der Arbeitsgruppe "Nachhaltigkeit im Zivilrecht" (*supra* nota 154), p. 15 s.: "Não existem restrições formais especiais para associações ecológicas nem na Lei de Ações de Cessação e nem na Lei de Recursos Hídricos. Essas associações, segundo a lei, não estão limitadas a reivindicar direitos que tenham uma referência específica com a proteção ambiental. Esse tipo de restrições só pode resultar dos estatutos da respectiva associação. Contudo, do ponto de vista do Grupo de Trabalho, isso não implica a necessidade de que o legislador entre em ação, porque as associações têm a liberdade de compreender o escopo de seus estatutos de modo mais amplo"; quanto à ação coletiva no Direito Administrativo de acordo com a Lei sobre os Recursos em Matéria de Meio Ambiente [*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*] e o §64, nº 1 da Lei Federal de Proteção da Natureza [*Bundesnaturschutzgesetz*], veja BUNGE, JuS, 2020, 740 ss.

[235] É de importância fundamental a tese de doutorado de KADNER, *Der Ersatz ökologischer Schäden* (*supra* nota 3), p. 134 ss., 207 ss.; veja também, anteriormente, WAGNER, NuR, 1992, 201 ss. (209 s.); uma defesa de um patrimônio mancomunitário (da população) abrangendo a economia da natureza e os bens naturais não referentes aos indivíduos se encontra em SEIBT, *Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden* (*supra* nota 3), p. 155 ss., 185 ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 55 13/02/2025 10:04:31

cc) A natureza como pessoa jurídica

Um passo mais radical consistiria em dar à natureza o *status* de pessoa jurídica e, portanto, uma legitimação ativa segundo o §823, nº 1 do Código Civil. Isto corresponderia à proposta jusconstitucional de reconhecer pessoas ecológicas como sujeitos de direitos fundamentais no art. 19, nº 3 da Lei Fundamental. À primeira vista, poder-se-ia objetar que a natureza "não precisa de títulos legais porque não é o comportamento *dela* que deve ser dirigido, e sim o dos seres humanos". Mas este é precisamente o sentido e o propósito de dotar a natureza de direitos próprios.[236] Mais fundamental ainda seria a objeção de que só existem relações jurídicas entre pessoas e não com coisas.[237] Entretanto, se se reconhece a natureza como pessoa jurídica, ela perde seu caráter de coisa e se transforma em sujeito que deve ser respeitado. Pode-se considerar esse *status* privilegiado, como no caso das pessoas jurídicas, como ficção[238] ou compará-lo com a capacidade jurídica puramente potencial dos sistemas autônomos de IA, mas os que estão sujeitos à lei terão de se conformar com o fato de que suas liberdades de ação e de propriedade serão limitadas pelas da natureza, além dos terceiros tradicionais. Esta ideia do direcionamento da conduta não precisa ser acompanhada de uma visão de mundo ecocêntrica, nem da compreensão da natureza por povos indígenas, e tampouco de quaisquer deveres ou competências da natureza,[239] e sim unicamente de uma percepção fiduciária.

3 Conclusão

De uma perspectiva puramente de Direito Civil, portanto, seria necessária a introdução de uma ação coletiva de Direito Privado ou o reconhecimento de direitos próprios da natureza para proteger a economia da natureza em sua totalidade. Desde 2007, porém, complementando numerosos regulamentos legais especiais (incluindo a Lei Federal de Proteção do Solo, a Lei de Recursos Hídricos, a Lei sobre o Controle de Imissões, a Lei da Economia Circular), existe a Lei de Danos Ambientais, que, complementarmente à Lei de Responsabilidade Ambiental privada,[240]

[236] BOSSELMANN, *Im Namen der Natur*, 1992, p. 209 (junto com a citação anterior).

[237] Nesse moldes, veja KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, §11 (p. 80 ss.).

[238] A objeção de STEINBERG, NVwZ, 2023, 138 ss. (139), de que também as pessoas jurídicas são "associações de pessoas" não atina com a natureza jurídica de fundações como patrimônio vinculado independente sem a membresia de pessoas.

[239] Cf. quanto ao último aspecto BAUERMEISTER; GROBE, ZGR, 2022, 733 ss. (770).

[240] Veja, entre outras, também as responsabilidades por exposição ao perigo segundo os §§25 ss. da Lei de Energia Atômica [*Atomgesetz*], §§32 ss. da Lei de Engenharia Genética bem como o §89 da Lei de Recursos Hídricos [*Wasserhaushaltsgesetz*].

RBDFJ51_MIOLO.indd 56 13/02/2025 10:04:31

sanciona danos ecológicos nos termos do Direito Público, em conjunção com um direito de associações apresentarem requerimentos coletivos e de um direito de mover ações coletivas.[241]

A questão decisiva é, portanto, se e em que medida a proteção do Direito Civil precisa flanquear o Direito Público. Existem lacunas na proteção do Direito Público (p. ex., na legislação sobre danos ambientais: bens públicos, responsabilidade, indenização) que o Direito Civil teria de compensar? As deficiências de aplicação por parte da administração pública devem ser compensadas através de envolvimento privado? Dever-se-ia introduzir uma competência para associações ambientalistas moverem ações coletivas perante os tribunais civis, ou deve-se temer que ocorra uma hipertrofia de concessão de proteção jurídica? Há indícios de que somos até obrigados a ampliar o direito de mover ações coletivas diretamente no Direito Privado, em conformidade com o art. 9, nº 3 da Convenção de Aarhus.[242] Seja como for, não deveríamos transferir a responsabilidade para outrem, e sim impulsionar a modernização do Direito Privado Ambiental, bem como do Direito Societário das fundações, associações ou pessoas.

Abstract: The paper discusses the possibilities of the interpretation and development of Private Law in an ecological perspective, able to serve as an effective instrument for environmental protection.

Keywords: Private Law. Interpretation. Ecology. Environmental Protection. Creation and development of the Law.

Summary: **I** Introduction – **II** Methodological Considerations – **III** Multilevel Legal System – **IV** Environmental Private Law – **V** Reforms – References

Referências

Abel, Patrick.2023, 2305ss. (2307). https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/default-document-library/015_Neue Juristische Wochenschrift_32_2023_inhaltsverzeichnis-indd-d.pdf?sfvrsn=1baa54ef_1.

ACORDO de 5.6.1992 sobre Diversidade Biológica, Bundesgesetzblatt. II 1993, p. 1741. 8. Convention on biological diversity. Rio de Janeiro, 5 June 1992. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf.

[241] Exemplos tomados da jurisprudência: BVerwGE 172, 271 ss. (proibição temporária da operação de um parque eólico *offshore* por causa de danos a populações de mergulhões); BVerwGE 174, 190 ss. (danos ambientais em detrimento da espécie de ave andorinha-do-mar preta); VGH München, DVBl, 2023, 674 ss. (danificação do solo de valiosas áreas úmidas pela construção de um túnel de exploração); veja ainda a competência recursal segundo §64 da Lei Federal de Proteção da Natureza.

[242] Ou seja, não apenas de maneira indireta, contestando uma decisão de um órgão público que aprove a ação privada, e sim diretamente, de modo que a ação de sujeitos privados que não pressuponha essa aprovação (p. ex., a comercialização de produtos sem incompatibilidade ambiental) também seja abarcada; veja nestes moldes SCHLACKE; TONNER; GAWEL, *Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht*, 2015, p. 246 s., com referências adicionais; HALFMEIER, AcP, 216 (2016), 717 ss. (734).

RBDFJ51_MIOLO.indd 57 13/02/2025 10:04:31

Adloff, Frank; Busse, Tanja (ed.). *Welche Rechte braucht die Natur.* Frankfurt/M., Campus, 2022, p. 159ss. (168s.).

AG [Amtsgericht = Tribunal Regional] Berlim-Tiergarten. Zur Nötigung bei Protesten der Klimakleber. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2023, 242s. Urteil von 26.04.2023 – (324 Cs) 237 Js 2886/ 22 (196/22).

AG [Amtsgericht = Tribunal Regional] Freiburg/Br. Straßenblockaden können strafbare Nötigung sein. Sentença de 22.11.2022 - 28 Cs 450 Js 23773/22.

AG [Amtsgericht = Tribunal Regional] Konstanz: Kein Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Zustimmung zu einem "Balkonkraftwerk". Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report, 2023, 518ss. (13).

Ahrens, Hans-Jürgen. Außervertragliche Haftung wegen der Emission genehmigter Treibhausgase? Versicherungsrecht, 2019, 645ss. (651).

Asmussen, Sven (2017). Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrags. NJW – Neue Juristische Wochenschrift 70.3, 118–123, 118ss.

Augenhofer, Susanne; Küter, Beate. Recht auf oder Pflicht zur Reparatur? Verbraucher und Recht 2023, 243, 243ss.

Bach, Ivo; Wöbbeking, Maren. Das Haltbarkeitserfordernis der Warenkauf-RL als neuer Hebel für mehr Nachhaltigkeit? Neue Juristische Wochenschrift, 2020, 2672ss. (2676s.).

Bach, Ivo; Kieninger, Eva-Maria. Ökologische Analyse des Zivilrechts. JZ – Juristenzeitung 2021, 1088-1098, 1088ss.

Baer, Susanne. *Rechtssoziologie*. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung. Baden-Baden, Nomos. 5. ed. 2023/4. ed. 2021, §7 Rn. 37.

Bundesarbeitsgericht [Tribunal Federal do Trabalho]. Grundbucheinsicht in Wohnungsgrundbuch als Gläubiger der Wohnungseigentümergemeinschaft Neue Juristische Wochenschrift 2016, 1034ss. https://urteile.news/Neue Juristische Wochenschrift_2016.1034-Bundesarbeitsgericht~FP32950?utm_source=kostenlose-urteile.de.

Bundesarbeitsgericht [Tribunal Federal do Trabalho]. NZA, 2021, 1581ss. (90). Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=Bundesarbeitsgericht&Datum=24.02.2021&Aktenzeichen=10%20AZR%208%2F19.

Barnert, Elena. Der eingebildete Dritte. Eine Argumentationsfigur im Zivilrecht 2008. Grundlagen der Rechtswissenschaft (GRW) 12 DOI 10.1628/978-3-16-159720-6, 2008.

Bauermeister, Tabea; Grobe, Tony. Personen im Recht – über Rechtssubjekte und ihre Rechtsfähigkeit. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2022, 733ss. (770). Disponível em: https://degruyter.com/journal/key/zgre/html.

Bayerisches Oberlandesgericht. Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR, 2020, p. 104 Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=Neue Zeitschrift für Strafrecht-RR%202020,%20372.

Beaucamp, Eugène. Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht. Untersuchungen zur völkerrechtlichen, europarechtlichen, verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Relevanz eines neuen politischen Leitbildes, 2002, p. 20. Jus Publicum (JusPubl) 85.

Beck, Lukas. Die Rechte des Käufers bei fehlender Nachhaltigkeit der Kaufsache. Aufsatz. Neue Juristische Wochenschrift, 2022, 3313ss. (3316s.).

Behme, Caspar. Haftung fürs Haften – Deliktsrechtliche Verantwortlichkeit der "Letzten Generation". Neue Juristische Wochenschrift, 2023, 327ss. (330).

RBDFJ51_MIOLO.indd 58 13/02/2025 10:04:31

Bericht der Arbeitsgruppe “Nachhaltigkeit im Zivilrecht”. Disponível em: https://bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/pdf/jumiko2021/top_i._3_lag_nachhaltigkeit_im_zivilrecht_-_bericht_der_ag.pdf. p. 15.

Berkemann, Jörg. DÖV - Die öffentliche Verwaltung, 2021, 701ss. (709ss.). Disponível em: https://.doev.de/ausgaben/16-2021.

Bundesgesetzblatt. 1990 I p. 2634ss.; Bundesgesetzblatt. Online-Archiv 1949 - 2022 | Bundesanzeiger Verlag.

BGH [Bundesgerichtshof = STF], Neue Juristische Wochenschrift. Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln. Sentença de 07.04.2021 - VIII ZR 49/19. 2021, 2882ss. (28ss.).

BGH [Bundesgerichtshof = STF], Neue Juristische Wochenschrift. Darlegungs- und Beweislast für Sittenwidrigkeit in Dieselfällen. Sentença de 26.06.2023 - VIa ZR 533/21. 2023, 2270ss. (8).

BGH [Bundesgerichtshof = STF], Neue Juristische Wochenschrift. Kein Individualanspruch des Anwohners bei Verstoß gegen Lkw-Durchfahrtsverbot. Sentença de 14.06.2022 - VI ZR 110/21. 2022, 3156ss.

BGH [Bundesgerichtshof = STF], Neue Juristische Wochenschrift. Mängelschadensersatz in werkvertraglicher Leistungskette – Vorteilsausgleich nach Verjährung. Sentença de 28.06.2007 - VII ZR 81/ 062018, 2695ss. (109).

BGH [Bundesgerichtshof = STF], Neue Juristische Wochenschrift. Disponível em: https://urteile.news/Neue Juristische Wochenschrift_2007.2111-BGH ~FP2558?utm_source=kostenlose-urteile.de.

BGH [Bundesgerichtshof = STF], Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report. Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH~F&Datum=31.12.2222&Aktenzeichen=V%20ZR%2023%2F21. 2022, 1095ss.; 2022, 92ss.

BGH [Bundesgerichtshof = STF]. Verletzung des Kindes durch den Hund eines Elternteils bei Spaziergang. Neue Juristische Wochenschrift, 2021, 779ss. (22); Sentença de 15.12.2020 - VI ZR 224/20.

BGHZ [Bundesgerichtshof = STF] [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen = Decisões do STF em obrigações civis] 166, 154ss. (19). Disponível em: https://urteile.news/BGH_166.154-BGH ~FP5636?utm_source=kostenlose-urteile.de.

BGHZ [Bundesgerichtshof = STF] Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH [Bundesgerichtshof = STF] &Datum=02.04.1981&Aktenzeichen=III%20ZR%20131%2F79, 79, 131ss. (141s.).

BGHZ [Bundesgerichtshof = STF] Disponível em: https://.servat.unibe.ch/dfr/bz013334.html, 13, 334ss.

BGHZ [Bundesgerichtshof = STF], beckassets. Disponível em: https://blob.core.windows.net/product/toc/9945/schack-hoechstrichterliche-rechtsprechung-buergerlichen-recht-9783406524110.pdf, 92, 143ss. (152).

BGHZ [Bundesgerichtshof = STF]. Leitsatz; Disponível em: https://urteile.news/BGH_120.239-BGH ~FP864?utm_source=kostenlose-urteile.de, 120, 239ss.

Bilgen, Isa. Nachhaltigkeit als Grundpflicht. Zur ökologisch-sozialen Verantwortung der Einzelnen. DÖV - Die öffentliche Verwaltung, 2023, 150ss. Disponível em: https://.doev.de/ausgaben/4-2023/.

Bischof, Thorsten. *Das Pariser Klimaschutzabkommen*. Tübingen: Mohr/Siebeck, 2022.

Boerstra, Bente; Römling, Dominik. Klimaklagen gegen Unternehmen. EurUP Zeitschrift für europäisches Umwelt- und Planungsrecht 2022 (39ss.,40) Disponível em: https://eurup.lexxion.eu/article/EURUP/2022/1/5.

Bogdandy, Armin von; Huber, Peter-Michael; Wessel, Ramses; de Griendt, Eddy van. *Ius Publicum Europaeum*, 1. ed., 2007, §19 Rn. 6, 45ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 59 13/02/2025 10:04:31

Borowsky, Martin; Meyer, Jürgen; Hölscheidt, Sven. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. ed., 2019, EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-414/16 (Egenberger) ECLI:EU:C:2018:257.

Bosselmann, Klaus, Calliess, Christian, Schröter, Michael, Taylor, Prue. *Ökologische Grundrechte*: zum Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Natur. Baden-Baden, Nomos, 1998.

Bosselmann, Klaus. *Im Namen der Natur*: der Weg zum ökologischen Rechtsstaat. Scherz, 1992.

Bosselmann, Klaus. *Ökologische Grundrechte.* Baden-Baden, Nomos,1998, p. 94.

Breuer, Rüdiger; Gärditz, Klaus Ferdinand. Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. ed., 2017, Rn. 223 (Neue Juristische Wochenschrift-Praxis, Band 24).

Britz, Gabriele. Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, 825ss. (827). Disponível em: https://.uni-giessen.de/de/fbz/fb01/professuren-forschung/professuren/britz/publikationen/publikationen-prof-dr-gabriele-britz.

Bryde, Brun-Otto. Wallrabenstein. von Münch, Ingo; Kunig, Philip (ed.), Art. 14 Rn. 33; *Grundgesetz-Kommentar* vol. 2. (Art. 20 até Art. 69) / fund. Ingo von Münch, rev. Brun-Otto Bryde. München, C. H. Beck, 2001.

BT Drs. 11/7104 p. 1, 14. Disponível em: https://dserver.bundestag.de/btd/11/071/1107104.pdf.

BT-Drs. 11/604; 10/990 Disponível em: https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._10/990.

BT-Drs. 12/6000 p. 67s. Disponível em: https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._12/6000.

BT-Drs. 12/6633 p. 7. Disponível em: https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._12/6633.

BT-Drs. 14/6040 p. 213. Disponível em: https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._14/6040.

BT-Drs. 16/3399. Disponível em: https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._16/3399.

Bunge, Thomas. Die Verbandsklage im Umweltrecht. Juristische Schulung, 2020, 740ss. Disponível em: https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2FJUS%2F2020%2Fcont%2FJUS.2020.740.1.htm.

Burgi, Martin / Möslein, Florian. *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*. »Good Companies« im Schnittfeld von Markt und Staat. Tübingen: Mohr/Siebeck, 2021.

BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional]. Neue Juristische Wochenschrift, 2019, 351ss. (31); 2018, 2542ss. (73); Disponível em: https://.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2018/06/ls20180606_1bvl000714.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

BverfG, Neue Juristische Wochenschrift, 1997, 2509s. Disponível em: https://.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/02/rk20020228_1bvr167601.htm.

BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional], Neue Juristische Wochenschrift, 2020, 2953ss. Disponível em: https://.bundestag.de/resource/blob/942342/733499a2ab5745a65ffc9aa135d1fb34/littipp_Lebensmittelverschwendung-und-Containern-data.pdf.

BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional], Neue Juristische Wochenschrift, 2022, 844ss. (4, 12). Disponível em: https://.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-17743.

BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional], Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2007, 805ss. Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=20.09.2007&Aktenzeichen=2%20BvR%20855%2F06.

BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional], Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, 861ss. (142ss.). Disponível em: https://anwaltspraxis-magazin.de/fachbeitraege/gebuehrenrecht/2022/03/01/anhoerungspflicht-vor-nachteiliger-kostenentscheidung-6/.

RBDFJ51_MIOLO.indd 60 13/02/2025 10:04:31

BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional], Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2023, 158s. Disponível em: https://.famrz.de/files/Media/dokumente/schrifttumshinweise/schrifttumshinweise-2023/schrifttumshinweise-9-23.pdf.

Calliess, Christian. Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts: "Versubjektivierung" des Art. 20a GG - Grundgesetz? Zeitschrift für Umweltrecht, 2021, 323ss.

Calliess, Christian. Dürig, Günter; Herzog, Roman; Scholz, Rupert. GG - Grundgesetz, 99. München, C. H. Beck, EL September 2022, Art. 20a Rn. 220.

Calliess, Christian. Juristische Schulung, 2023, 1ss. (8); Sodan, Helge; Stern, Klaus; Möstl, Markus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*. 2. ed., 2022, §87 Rn. 69ss.

Canaris, Claus-Wilhelm; Grundmann; Riesenhuber. *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*. vol. 2, 2010, p. 264ss. (277s.).

Carvalho, Armando et al. Action for annulment and damages – Environment – Greenhouse gas emissions – 2030 climate and energy package – Directive (EU) 2018/410 – Regulation (EU) 2018/842 – Regulation (EU) 2018/841 – Lack of individual concern – Inadmissibility. Disponível em: https://Case T-330/18. EuG ECLI:EU:T:2019:324 eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62018TO0330.

Chatzinerantzis, Alexandros in: Appel, Tobias. Disponível em: https://.migalhas.com.br/depeso/415937/ainda-sobre-os-temas-881-e-885-precedentes-e-coisa-julgada.

Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) de 5.1.2023, EU 2022/2464. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2464/oj/eng.

Croon-Gestefeld, Johanna. beck- Disponível em: https://online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fzeits%2FNJW%2F2021%2Fcont%2FNJW%2e2021%2eH08%2ehtm.

Croon-Gestefeld, Johanna. *Gemeininteressen im Privatrecht*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2022, p. 163ss.

Di Fabio, Udo. *Verfassung und Klimahaftung*. München, C. H. Beck, 2023.

Diederichsen, BB, 1973, 485ss.

Dietsche, Zeitschrift für Rechtspolitik, 2022, 21 ss §44 do Conselho Parlamentar de Desenvolvimento Sustentável, Disponível em: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fzeits%2FZRP%2F2022%2Fcont%2FZRP%2E2022%2E21%2E1%2Ehtm.

Ding, Yijie; Klages, Nils; Leibküchler, Peter; Pissler, Benjamin. ZchinR, 2020, 207ss. (209). Disponível em: https://.zchinr.org/index.php/zchinr/issue/archive.

Dutch Civil Code: Book 6 Section 162. Disponível em: https://.amsadvocaten.com/practice-areas/law-of-obligations-and-contract-law/tort/

Ehemann. Eva-Marie Isabell. *Umweltgerechtigkeit*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2020, p. 122ss.

Ekardt, Felix. *Theorie der Nachhaltigkeit*. 3 ed. Baden-Baden, Nomos, 2021, p. 65ss.

Enderle, Paul Leonard. Menschenrechtsbasierte Klimaklagen im internationalen System - Zwischen effektivem Menschenrechtsschutz und richterlicher Zurückhaltung; DÖV - Die öffentliche Verwaltung 9/2023. Stuttgart, Kohlhammer, 2023, 370ss.

Epiney, Astrid; von Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich; Starck. Art. 20a Rn. 89. Disponível em: https://beckassets.blob.core.windows.net/product/register/30227/von-mangoldt-artikel-20-82-9783800637324.pdf.

Erman, Walter; Grunewald, Benno. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 17. ed., 2022, §434 Rn. 3ss. Disponível em: https://.soldan.de/bgb-8089443.html.

RBDFJ51_MIOLO.indd 61 13/02/2025 10:04:31

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-100/21 (QB/Mercedes-Benz Group) ECLI:EU:C:2023:229 Rn. 69ss.; Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-100/21.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-25/62 (Plaumann) ECLI:EU:C:1963:17, 4ª Diretriz. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0025.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-265/95 (Comissão / França) Slg. 1997, I-6959 Rn. 30ss. EuGH Rs. C-112/00 (Schmidberger) Slg. 2003, I-5659 Rn. 58ss. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0265.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-513/99 (Concordia Bus) Slg. [Sammlung der Rechtsprechung = Coletânea da Jurisprudência] 2002, I-7213 Rn. 57; Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0513.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-565/19 P (Carvalho) ECLI:EU:C:2021:252 Rn. 35ss. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0565.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-569/16 (Bauer) ECLI: EU:C:2018:871. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0569.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-61/21 (JP/Ministre de la Transition écologique) ECLI:EU:C:2022:1015 Rn. 67 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0061.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-752/18 (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern) ECLI:EU:C:2019:1114. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0752.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-873/19 (Deutsche Umwelthilfe) ECLI:EU:C:2022:857 1ª. Diretriz. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0873.

EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia, 28.5.2020 – Processo C-796/18 (Sociedade de Informática para o Desenvolvimento de Software), ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 33. Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=31.12.2222&Aktenzeichen=C-796/18.

Everling, Ulrich. Festschrift Gündisch, 1999, p. 89ss. (91ss.).

Faust, Florian. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2023, §437 Rn. 30. Rechte des Käufers bei Mängeln. BeckOK BGB, Hau/Poseck 66. Ed. Stand: 01.05.2023.

Fellenberg, Frank. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, 913ss.

Fellenberg, Frank. Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes. Gesellschaft für Umweltrecht: Dokumentation zur 44. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e. V. Leipzig 2021, E. Schmidt 2023, p. 73ss. Fischer-Lescano, Zeitschrift für Umweltrecht, 2018, 205ss. (206s.).

Forkel, Hans. *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*. Eine privatrechtliche Untersuchung. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1968. p. 24ss., 47ss.

Frank, Will. Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht. Zeitschrift für Umweltrecht, 2013, 28ss. (31).

Frank, Will. Liability for nuisance caused by climate change. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2017, 664ss. (668) Disponível em: https://.germanwatch.org/en/13887.

RBDFJ51_MIOLO.indd 62 13/02/2025 10:04:32

Frank, Will: Climate Change Litigation – Klimawandel und haftungsrechtliche Risiken - Erwiderung auf Chatzinerantzis/Herz (NJOZ 2010, 594 = Neue Juristische Wochenschrift 2010, 910), (2300).

Franzius, Claudio. Eine CO2-Bremse in das Grundgesetz? Zeitschrift für Umweltrecht, 2017, 515ss. (520).

Franzius, Zeitschrift für Umweltrecht, 2023, 199ss.

Frenz, Walter. (ed.) *Klimaschutzrecht*. Berlim, Erich Schmidt, 2022, 3ss.

Frenz, Walter. *Europarecht*, Berlim, Springer, 2021, 3. ed., Rn. 1186.

Führ, Martin. Natur und Recht. NuR - Natur und Recht, 1998, 6ss. (7s.). Disponível em: https://.sofia-darmstadt.de/personen/mitarbeiter/martin-fuehr/inhaltliche-uebersicht.

Gärditz, Klaus; Landmann, Valentin; Benoît-Rohmer, Florence. Umweltrecht, 99. EL September 2022, Art. 20a GG - Grundgesetz Rn. 78; Disponível em: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/LaRoKoUmwR_69/GG/cont/LaRoKoUmwR.GG.a20a.htm.

Gärditz; Landmann; Rohmer, Umweltrecht, Art. 20a GG - Grundgesetz Rn. 6.

Gehne, Katja. *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2011, p. 11ss.

Gerechtshof Den Haag 9.10.2018 – 200.178.245/01. Disponível em: https://.informea.org/sites/default/files/court-decisions/Netherlands%20-%20Urgenda%20Appellate%20Court.pdf.

Gerechtshof Den Haag ECLI:NL:GHDHA:2018:2610. Disponível em: https://.informea.org/sites/default/files/court-decisions/Netherlands%20-%20Urgenda%20Appellate%20Court.pdf.

Gerlach, Johann W. *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*. Berlim, Duncker & Humblot,1989.

Giesberts; Haas. KlimaRZ, 2022, 3ss. (7). Disponível em: https://.fachmedien.de/klimarz-ausgabe-01-2022-pdf/0202A24040210536.

Glander, Harald; Kropf, Christian; Lühmann, Daniel. Praktische Umsetzung der Pflichten aus der Offenlegungs-VO. BKR Zeitschrift für Kapital- und Bankmarkrecht, 2023, 28ss.

Glasgow (COP 26). Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2021. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Conferência_das_Nações_Unidas_sobre_as_Mudanças_Climáticas_de_2021.

Graser, Zeitschrift für Umweltrecht, 2019, 271ss. (275ss.). Disponível em: https://.soldan.de/media/pdf/69/c8/0d/9783406767890_LP.pdf.

Gruber, Malte-Christian. *Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben*. Der moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tierschutz-, Naturschutz- und Umweltrecht. Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 199ss.

Grunewald, Benno. Verkäuferhaftung für unrichtige CSR-Berichte des Herstellers. Neue Juristische Wochenschrift, 2021, 1777ss.

Gsell, Beate. Kauf- und deliktsrechtliche Haftung für das nachhaltigkeitsfehlerhafte Produkt als Schaden-Inhalt. ZHR – Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 187 (2023), 392ss. (412ss.).

Gsell, Beate. Miete und Recht auf Klimaschutz. NZM - Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht -, 2022, 482ss. (485).

Guckelberger, Annette. Aarhus-Konvention und Unionsrecht als prägende Faktoren für die Verbandsklage im UmwRG, Natur und Recht. NuR - Natur und Recht, 2020, 149.

Guckelberger, Annette; Mitschang, Ella. Klagerecht der Umweltvereinigungen gegen Kfz-Typengenehmigung. NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2022, p. 3747–3750.

RBDFJ51_MIOLO.indd 63 13/02/2025 10:04:32

Gutmann, Andreas. *Hybride Rechtssubjektivität*. Baden-Baden, Nomos, 2021.

Halfmeier, AcP - Archiv für die civilistische Praxis, 216 (2016), 717ss.

Halfmeier, Axel, Nachhaltiges Privatrecht. AcP - Archiv für die civilistische Praxis, 216 (2016), 717ss. (734). Tübingen, Mohr/Siebeck, 2016.

Halfmeier, Axel. *Popularklagen im Privatrecht.* Tübingen, Mohr/Siebeck, 2006, p. 76ss.

Härtel, Ines. Klimaschutzverfassungsrecht: Klima-Staatszielbestimmungen im Föderalismus. NuR - Natur und Recht, 2020, 577ss. (579).

Häublein, Martin. NZM - Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 2016, 58s.

Hellgardt, Alexander; Jouannaud, Victor. Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht. AcP - Archiv für die civilistische Praxis, 222, 164ss. (203). Tübingen, Mohr/Siebeck, 2022.

Henninger, Thomas. *Europäisches Privatrecht und Methode*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2009, p. 375s.

Hilbert, Patrick. Klimaanpassungsstrategien auf internationaler und nationaler Ebene. Zeitschrift für Umweltrecht, 2023, 259ss.

Hoge Raad 20.12.2019 – ECLI:NL:HR:2019:2006. arsaequi.nl/uitspraak/hr-20-12-2019-eclinlhr20192006/.

Höpfner, Clemens; Rüthers, Bernd. Grundlagen einer europäischen Methodenlehre. AcP - Archiv für die civilistische Praxis, 209 (2009), 1ss. (13ss.); Disponível em: https://.duh.de/klimaklagen/klimaklagen-gegen-unternehmen.

Huck, Winfried; Kurkin, Claudia. Die UN-Sustainable Development Goals (SDGs) im transnationalen Mehrebenensystem. ZaöRV - Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018, 375ss. (423).

Ipsen, Niels; Waßmuth, Guido; Plappert, Liesa. Klimawandel als Haftungsrisiko. ZIP, 2021, 1843ss. (1851).

Jarass, Hans Dieter. Zeitschrift für Umweltrecht, 2011, 563ss. (564). Disponível em: https://dejure.org/Bundesgesetzblatt/2011/Bundesgesetzblatt._II_S._564.

Jarass, Hans Dieter; Pieroth, Bodo. Art. 20a Rn. 2a. Disponível em: https://.beck-elibrary.de/10.17104/9783406746833/grundgesetz.

Jarass, Hans Dieter; Pieroth, Bodo. GG - Grundgesetz, 17. ed., 2022, Art. 20a Rn. 19.

Johann; Karpenstein, Ulrich; Mayer, Manfred. EMRK - Europäische Menschenrechtskommission, 3. ed., 2022, Art. 1 Rn. 9ss. Disponível em: https://.researchgate.net/publication/269783804_Ein_Recht_auf_Hoffnung_aus_Art_3_EMRK - Europäische Menschenrechtskommission_Lebenslange_Freiheitsstrafen_in_Europa.

Johns, Eigenrechte der Natur im internationalen Kontext. KlimR - Klima und Recht, 2023, 98ss.

Jonas, Hans. *Das Prinzip Verantwortung*. Frankfurt/M, Suhrkamp, 1979, p. 26ss. (29).

Jouannaud, Victor. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft, 2022, p. 9ss.

Kadner, Thomas. *Der Ersatz ökologischer Schäden*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995;

Kahl, Wolfgang; Streinz, Rudolf. EUV/AEUV, 3. ed., 2018, Art. 11 AEUV Rn. 22. Disponível em: https://.beck-shop.de/streinz-euv-aeuv/product/16415256.

Kant, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, BA 77: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, §11 (p. 80ss.).

Kaufmann, Michael. Der BGH [Bundesgerichtshof = STF] und die Sitzblockade. Neue Juristische Wochenschrift, 1988, 2581ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 64 13/02/2025 10:04:32

Kersten, Jens. Blätter für deutsche und internationale Politik, 67 (2022), 91ss. (99s.). Disponível em: https://hsozkult.de/journal/id/z6ann-118304.

Kersten, Jens. *Das ökologische Grundgesetz*, 2022, p. 100ss. Disponível em: https://. deutschlandfunkkultur.de/jens-kersten-das-oekologische-grundgesetz-100.html.

Kieninger, Eva-Maria. Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht. ZHR, 187 (2023), 348ss. (379ss.).

Kieninger, Eva-Maria; Kahl, Wolfgang; Weller, Wolfgang; Climate Change Litigation, 2021, p. 119ss. (127ss., 138ss.).

Klimke, Dominik, BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2023, §906 Rn. 73. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal] §906 Zuführung unwägbarer Stoffe. GROSSKOMMENTAR Gesamted.: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann ed.: Krüger Stand: 01.06.2024.

Klinger, Remo. EurUP Zeitschrift für europäisches Umwelt- und Planungsrecht, 2022, 20ss. (29). Disponível em: https://eurup.lexxion.eu/article/EURUP/2022/3/0.

Klinger, Remo. Zeitschrift für Umweltrecht, 2021, 257s. b27neu.de/2021/07/11/klingers-rechtsgutachten-zur-sache-und-klartext-zur-klage/.

Kloepfer, Michael. *Umweltrecht*. 4. ed. München, C. H. Beck, 2016, §6 Rn. 24ss.

Kloepfer, Michael. *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*. Berlim, deGruyter, 1978.

Kloepfer, Michael; Durner, Wolfgang. *Umweltschutzrecht*, 3. ed., 2020, §6 Rn. 26ss.

Kment, Martin. *Die Neujustierung des Nachhaltigkeitsprinzips im Verwaltungsrecht*. Tübingen, Mohr/ Siebeck, 2019.

Koch, Hans-Joachim. *AktG, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*. 17. ed. München, C. H. Beck, 2023, §93 Rn. 21.

Koch, Hans-Joachim; Lührs, Michael; Verheyen, Roda; Lord, Richard; Goldberg, Silke; Rajamani, Lavanya; Brunnée, Jutta. *Climate Change Liability: Transnational Law and Practice.* Cambridge: University Press, 2012, p. 376ss. (407).

Kokott, Juliane. Rs. C-61/21 ECLI:EU:C:2022:359. eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62021CC0061.

Kolter, Max. *Nachhaltigkeit durch Transparenz*? Tübingen, Mohr/Siebeck, 2023.

Köndgen, Johannes. Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts. UPR, 1983, 345ss. (350). Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/BF03189087.

Kühn, Matthias. *Umweltschutz durch Privatrecht*. Lausanne: Peter Lang, 2007.

Kunig, Philip. Art. 20a Rn. 19. Grundgesetz-Kommentar. München, C. H. Beck, 1992.

Lakkis, Panajotta. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2023, §903 Rn. 166; BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal] §903 Befugnisse des Eigentümers beck-online. GROSSKOMMENTAR Gesamted.: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann ed.: Krüger Stand: 01.12.2023.

Lamy, Christoph; Ludwig, Julia. Die Werbung mit Klimaneutralität. KlimR - Klima und Recht, 2022, 142ss. Disponível em: https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/lg-linz-goesser-bier-irrefuehrende-klima-werbung-untersagt.

Lange, Benjamin Allen. AöR, 147 (2022), 264ss.

Larenz, Karl. Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. Dahm et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlim, Junker & Dünnhaupt,1935, p. 225ss. (259).

RBDFJ51_MIOLO.indd 65 13/02/2025 10:04:32

Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm. *Schuldrecht II/2*. München, C. H. Beck, 1994, p. 544ss.

Leimbacher, Jörg. *Die Rechte der Natur*. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1988.

LG Augsburg, Neue Juristische Wochenschrift, 1958, 796s.

LG Braunschweig, KlimR - Klima und Recht, 2023, 88ss. (116). Disponível em: https://.jura.cc/rechtstipps/zivilklage-wegen-verringerung-der-co2-emissionen-gegen-die-volkswagen-ag/.

LG Detmold, BeckRS, 2023, 2862. app.opencve.io/cve/CVE-2023-2862.

LG Erfurt, 09.08.2021 - 8 O 481/21 – juris unter C 2. c) – EuGH [Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia Rs. C-506/21. Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Erfurt&Datum=09.08.2021&Aktenzeichen=8%200%20481/21.

LG Hamburg, NZM - Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 2016, 58. urteile.news/NZM - Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht_2016.58-LG_Hamburg~FP41821?utm_source=kostenlose-urteile.de.

LG München I, BeckRS, 2023, 2861 (57). Unbegründeter Unterlassungsanspruch wegen des Inverkehrbringens von Kraftfahrzeugen mit Verbrennungsmotoren Endurteil vom 07.02.2023.

LG München I, KlimR - Klima und Recht, 2023, 93ss. Disponível em: https://.deutsche-umwelthilfe-klimaklage-gegen-oel-und-gaskonzern-wintershall.

LG München I, Neue Juristische Wochenschrift, 2022, Disponível em: https://.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-31523, 2486s.

LG Stuttgart, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, Erfolglose Klimaklage gegen Automobilhersteller. Sentença de 13.09.2022 - 17 O 789/21,1663s.

Lieder, Jan; Pordzik, Philipp. Zeitschrift für Chinesisches Recht, 2019, 58ss. (63s.). Disponível em: https://.zchinr.org/index.php/zchinr/issue/view/132.

Livro 6, Seção 162 do Código Civil Holandês. Dutch Civil Law. Book 6: The law of obligations.

Lohse, Eva; Stern, Rebecca; Sodan, Helge; Möstl, Stefan, §26 Rn. 58; Disponível em: https://.soldan.de/media/pdf/8d/1a/d4/9783406775109_inh.pdf.

Lund, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2023, 198ss.

Lutzi, Tobias. Privatrechtliche Haftung im Zusammenhang mit Klimaaktivismus. Juristische Schulung, 2023, 385ss. (387ss.).

Markus, Till. Das Ende der Allmende-Tragik: Verfassungsrechtliche Gebote zum extraterritorialen Klima- und Umweltschutz. Zeitschrift für Umweltrecht, 2021, 595ss. (599s.).

Markus, Till; Silva-Sánchez, Alex. Zeitschrift für Umweltrecht, 2019, 150ss.

Marx, Karl. *Das Kapital*. Disponível em: https://oll.libertyfund.org/titles/das-kapital-kritik-der-politischen-okonomie-buch-iii-zweiter-theil-1894. livro III/2, 1894, cap. 46, p. 309.

Mathis, Klaus. *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit*. Mohr/Siebeck: Tübingen, 2017, p. 166ss.

Medicus, Dieter. Zivilrecht und Umweltschutz. JZ - Juristenzeitung, 1986, 778ss. (783).

Medicus, Dieter; Petersen, Jens. *Allgemeiner Teil des BGB* [*Bundesgesetzbuch = Constituição Federal*]. 11. ed. Zürich, Schulthess, 2016, Rn. 702.

Mehling, Michael; Bausch, Camilla. Der Klimagipfel von Glasgow: Notwendig, aber nicht hinreichend. KlimR - Klima und Recht, 2022, 22ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 66 13/02/2025 10:04:32

Meier, Klaus. *Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995.

Mittwoch, Anne-Christin. *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2022.

Mittwoch, Anne-Christin; Bleier, Annika. Unternehmensrechtliche Nachhaltigkeit und ESG. Neue Juristische Wochenschrift, 2022, 3601ss. (3602ss.).

Möstl, Markus; Lindner, Josef Franz; Wolff, Heinrich Amadeus. Verfassung des Freistaates Bayern, 2. ed., 2017, Art. 141 Rn. 7.

MüKoBGB; Brückner, Patrick. Zuführung unwägbarer Stoffe. 9. ed., 2023, §906 Rn. 107ss.

MüKoBGB; Wagner, Christian-David. 8. ed., 2020, §2 ProdHaftG Rn. 33.

Nettesheim, Martin; Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard. Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar 2023.

Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13. ed., 2023, §45 Rn. 20.

Neuner, Jörg. Das BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional] im Labyrinth der Drittwirkung,. Neue Juristische Wochenschrift, 2020, 1851ss. (1853ss.). Disponível em: https://.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/emeriti/neuner_joerg/.

Neuner, Jörg. *Die ökologisch orientierte Auslegung und Fortbildung des Privatrechts*; Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW - die Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft) 2024, S. 127-158.

Neuner, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat.* München, C. H. Beck,1998, p. 193.

Neuner, Juristische Schulung, 2015, 961ss.

Neuner, ZfPW - die Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2018, 257ss.

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-RR, 2019, 409. Disponível em: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-RR%202019,%20679.

Oberlandesgericht Jena, BeckRS, 2009, 45689.

Payandeh; Kahl, Wolfgang; Weller, Marc-Philippe. *Climate Change Litigation*, p. 62ss. (76ss.). Tübingen, Mohr/Siebeck, 2021.

Petersen, Jens. *Studien zur juristischen Ideengeschichte*. Universitätsverlag Potsdam, 2023, 149 (155s.).

Polzin, Menschenrechtliche Klimaklagen: Kreative Justiz und überforderte Grundrechte. DÖV - Die öffentliche Verwaltung, 2021, 1089ss. (1095).

Popp, Christoph. *Nachhaltigkeit und direkte Demokratie*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2021, p. 37s.

Pöttker, Erik. *Klimahaftungsrecht*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2014, p. 124ss.

Proelß, Alexander. *Internationales Umweltrecht*. 2. ed. Berlim, deGruyter, 2022. Seção 3, 64.

Rechtbank Den Haag 26.5.2021 C/09/571932 / HA ZA 19-379 ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

Rechtbank Den Haag, julgado de 26.5.2021, redução de emissões de CO2 da empresa Shell (Az.: C/09/571932 / HA ZA 19-379 ECLI:NL:RBDHA:2021:5337).

Reeh, IR, 2022, 313ss.

Reiling, Katharina. Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards. ZaöRV - Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018, 311ss. (311ss.).

RBDFJ51_MIOLO.indd 67 13/02/2025 10:04:32

Rensmann, Thilo. *Wertordnung und Verfassung*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2007, p. 216ss.

Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 4. ed., 2021, §10, Rn. 11, 32ss., 53.

Roth, G. Neue Juristische Wochenschrift, 1972, 921ss. Disponível em: https://.amazon.com.br/1972-Jahrgang-Halbband-Juristische-Wochenschrift/dp/340604199X.

Röthel, Anne. *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2004, p. 68.

Ruffert, Matthias. DVBl. 2019, 1033ss.

Ruffert, Matthias. Juristische Schulung, 2020, 700ss.; Disponível em: https://.rewi.hu-Berlim.de/en/lf/ls/rft/news/WS_SS_2019_2020/ruffert_about_pspp.

Ruffert; Calliess; EUV/AEUV, 6. ed., 2022, Art. 3 EUV Rn. 5; Disponível em: https://.soldan.de/euv-aeuv-8084864.html.

Ruster, Andreas. Nachhaltigkeit im Sachenrecht. JZ - Juristenzeitung, 2021, 1106ss. (1109); Disponível em: https://.researchgate.net/scientific-contributions/Andreas-Ruster-2182828540.

Rüthers, Bernd. Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz-Portrait. JZ - Juristenzeitung, 2011, 593ss. (597s.).

Schepers, Hannah. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2023, §554 Rn. 36. Barrierereduzierung, E-Mobilität und Einbruchsschutz.beck-online.GROSSKOMMENTAR. Gesamted.: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann ed.: H. Schmidt, Stand: 01.09.2022.

Scherer, Josef. GRUR - Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2023, 29ss. (29ss.). Disponível em: https://.grur.org/en/publications/grur-journals/current-issues/112023.html.

Schirmer, Jan-Erik. Haftung für künftige Klimaschäden. Neue Juristische Wochenschrift, 2023, 113ss., 117.

Schirmer, Jan-Erik. Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch! JZ - Juristenzeitung, 2021, 1099ss. (1099). Disponível em: https://.mohrsiebeck.com/en/issue/juristenzeitung-22-2021-0022-6882/.

Schirmer, Jan-Erik. *Nachhaltiges Privatrecht.* Tübingen, Mohr/Siebeck, 2023, p. 18ss.

Schirmer, Jan-Erik. Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas. ZeuP - Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2021, 35ss.

Schlacke, Sabine. Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, 905ss.

Schlacke, Sabine; Tonner, Klaus; Gawel, Erik. Nachhaltiger Konsum – integrierte Beiträge von Zivilrecht, öffentlichem Recht und Rechtsökonomie zur Steuerung nachhaltiger Produktnutzung. JZ - Juristenzeitung, 2016, 1030ss.

Schlacke; Tonner; Gawel, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht, 2015, p. 246s.

Schmidt, H. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2023, §535 Rn. 300. beck-online. GROSSKOMMENTAR Gesamted.: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann. ed.: H. Schmidt. Stand: 01.07.2023.

Schmidt, Karsten. Handelsrecht. JZ - Juristenzeitung, 2003, 585ss. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-48818-7_10.

Schmidt-Ahrendts, Nils; Schneider, Viktoria. Gerichtsverfahren zum Klimaschutz. Neue Juristische Wochenschrift, 2022, 3475ss. (3478).

Schröter, Michael; Bosselmann, Klaus. Die Robbenklage im Lichte der Nachhaltigkeit. Zeitschrift für Umweltrecht, 2018, 195ss. (196).

RBDFJ51_MIOLO.indd 68 13/02/2025 10:04:32

Schulte, Bernd. JZ - Juristenzeitung, 1988, 278ss.

Schulze-Fielitz, Helmuth; Dreier, Horst. Art. 20a Rn. 85s.; Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Grundgesetz.html?id=C71jtgEACAAJ&redir_esc=y.

Schulze-Fielitz, Helmuth; Dreier, Horst. GG - Grundgesetz, 3. ed., 2015, Art. 20a Rn. 13. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Grundgesetz.html?id=C71jtgEACAAJ&redir_esc=y.

Schwennicke, Andreas; Grigoleit, Hans Christoph. AktG, 2. ed., 2020, §87 Rn. 20s. Disponível em: https://.beck-shop.de/Grigoleit-Aktiengesetz-AktG/product/16035594.

Schwerdtfeger; Meyer, Jürgen; Hölscheidt, Sven. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 37 Rn. 11s.

Seibt, Christoph H. *Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 1994.

Simitis, Konstantinos. Versicherungsrecht, 1972, 1087ss.

Sobotta, EuZW, 2023, 75ss.

Sommermann; von Münch; Kunig, GG - Grundgesetz, 7. ed., 2021, Art. 20a Rn. 19.

Spießhofer, Neue Juristische Wochenschrift, 2014, 2473ss. (2475).

Spieth; Hellermann, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2020, 1405ss. (1408).

Spindler, Gerald. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2023, §823 Rn. 801. Schadensersatzpflicht beck-online.GROSSKOMMENTAR Gesamted.: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymanned.: Spickhoff Stand: 01.07.2018.

Staudinger, Julius von; Hager, Johannes. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal] - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§823 A-D BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2017, §823 B Rn. 20.

Staudinger, Julius von; Hager, Johannes. Disponível em: https://.degruyter.com/serial/staud13-b/htmlBGB, 2021, §823 E Rn. 154.

Staudinger, Julius von; Höpfner, Clemens. BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2021, §251 Rn. 71. katalog.slub-dresden.de/id/0-1105936937.

Staudinger, Julius von; Kohler, BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2017, Einl. zum UmweltHR Rn. 69. Disponível em: https://katalog.slub-dresden.de/id/0-1105936937.

Staudinger, Julius von; Rolfs, BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2021, §554 Rn. 17. Disponível em: https://katalog.slub-dresden.de/id/0-1105936937.

Staudinger, Julius von; Roth, BGB [Bundesgesetzbuch = Constituição Federal], 2020, §906 Rn. 76. Disponível em: https://katalog.slub-dresden.de/id/0-1105936937.

Steinberg, Rudolf. Rechte der Natur in der Verfassung? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2023, 138ss. (139).

Stone, Christopher. Should Trees Have Standing? Southern California Law Review 45 (1972), 450ss.

Stuart-Smit; Roe; Li; Allen. Increased outburst flood hazard from Lake Palcacocha due to human-induced glacier retreat, (2021). Disponível em: https://.climate.ox.ac.uk/publication/1146463/crossref.

Terry. ZfPC, 2022, 221ss. Disponível em: https://.nomos.de/wp-content/uploads/2022/03/MDAT_ZfPC_2022-1.pdf .

Thöne, Michael. Klimaschutz durch Haftungsrecht – vier Problemkreise. Zeitschrift für Umweltrecht, 2022, 323ss. (327).

RBDFJ51_MIOLO.indd 69 13/02/2025 10:04:32

Tonner, Festschrift Singer, 2021, p. 675ss.; Bericht der Arbeitsgruppe "Nachhaltigkeit im Zivilrecht" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, 2021, p. 6ss., 25ss.

Ukrow, Jörg. *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH* [*Europäischer Gerichtshof = Tribunal de Justiça da União Europeia*. Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 148.

UNGeneral Assembly, Report of the World Commission on Environment and Development, 11.12.1987, UNDoc. A/RES/42/187 (Pre, p. 22, 91. Acesso: Lobbypedia: https://lobbypedia.de › wiki › Udo_di_Fabio.

Van der Veen; De Graaf; Kahl, Wolfgang; Weller, Marc-Phillippe. *Climate Change Litigation.*München, C. H. Beck, 2021, p. 363ss.

Verein Klima-Seniorinnen Schweiz and Others v Switzerland App no 53600/20. Disponível em: https://.echr.coe.int/w/verein-klimaseniorinnen-schweiz-and-others-v-switzerland-no-53600/20-1.

Verfassungsgerichtshof = VfGH G 144/2020. Disponível em: https://.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Beschluss_G_144_2020_vom_30._September_2020.pdf.

VG Berlim Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2020, 1289ss. (84) Klimaklage gegen Bundesregierung auf Erreichung des Klimaschutzziels 2020 Sentença de 31.10.2019 - 10 K 412/18.

VGH München, DVBl, 2023, 674ss. Disponível em: https://.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-23724.

VGH München, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2017, 894ss. zjs-online.com/dat/artikel/2018_6_1259.pdf.

Vöneky, Silvia; Beck, Felix; Proelß, Alexander. *Internationales Umweltrecht*. Berlim, deGruyter, 2017.

Voßkuhle, Andreas. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2013, 1ss. (6). prd-echr.coe.int/documents/d/echr/speech_20140131_vosskuhle_eng.

Wagner, Gerhard. *Klimahaftung vor Gericht*, 2020, p. 133; Disponível em: https://.amazon.de/Klimahaftung-vor-Gericht-Eine-Fallstudie/dp/3406752748.

Wagner, Gerhard. *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*. Berlim, Duncker & Humblot, 1990.

Wagner, Gerhard. Neue Juristische Wochenschrift, 2021, 2256ss.

Wagner, Gerhard. Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP - Archiv für die civilistische Praxis, 206 (2006), 352ss. (439).

Wagner, Gerhard. Umweltschutz mit zivilrechtlichen Mitteln. NuR - Natur und Recht, 1992, 201.

Wagner, Gerhard; Arntz; Kahl, Wolfgang; Weller, Marc-Philippe (ed). *Climate Change Litigation*. Berlim, Springer, 2021, p. 405ss. (426s.).

Walden, Daniel; Frischholz, Lukas. *Climate Change Litigation*. Beitrag zu globaler Gerechtigkeit oder Abkehr von (zivil)rechtlichen Grundprinzipien? ZIP, 2022, 2473ss. (2475). Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8715541.

Wegener, Bernhard. "Menschenrecht auf Klimaschutz?" Neue Juristische Wochenschrift, 2022, 425ss. (430s.). Disponível em: https://.oer2.rw.fau.de/2022/02/10/soeben-erschienen-menschenrecht-auf-klimaschutz-Neue Juristische Wochenschrift-2022-425/.

Weller, Marc-Philippe; Benz, Nina. Klimaschutz und Corporate Governance. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2022, 563ss. Disponível em: https://.degruyter.com/document/doi/10.1515/zgr-2022-0024/html.

RBDFJ51_MIOLO.indd 70 13/02/2025 10:04:32

Weller, Marc-Philippe; Tran, Mai-Lan. Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend? ZeuP - Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2021, 573ss. (593ss.). Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/583434.

Weschpfennig, Armin von. *Strukturen des Bergrechts*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2022, p. 35s.

Westermann, Harry. *Welche gesetzlichen Maßnahmen zur Luftreinhaltung und zur Verbesserung des Nachbarrechts sind erforderlich?* Berlim, Springer, 1958, p. 67ss.

Westphalen, Graf von. Bemühensklauseln in "Grünen" Mietverträgen – Eine AGB-rechtliche Antwort. NZM - Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 2022, 1ss. Disponível em: https://forum.axishistory.com/viewtopic.php?t=81439b.

Wilhelmi, Rüdiger. *Risikoschutz durch Privatrecht*. Tübingen, Mohr/Siebeck, 2009, p. 92.

Wischmeyer, Thomas. Die Klimaschutzentscheidung(en) des BVerfG [Bundesverfassungsgericht = Tribunal Constitucional] und das Mietrecht. NZM - Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 2023, 406ss. (413).

Wolf, Eigenrechte der Natur oder Rechtsschutz für intertemporalen Freiheitsschutz?. Zeitschrift für Umweltrecht, 2022, 451ss. (458).

Zeidler, Sophie. *Klimahaftungsklagen*. Berlim, Duncker & Humblot, 2022, p. 97ss.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

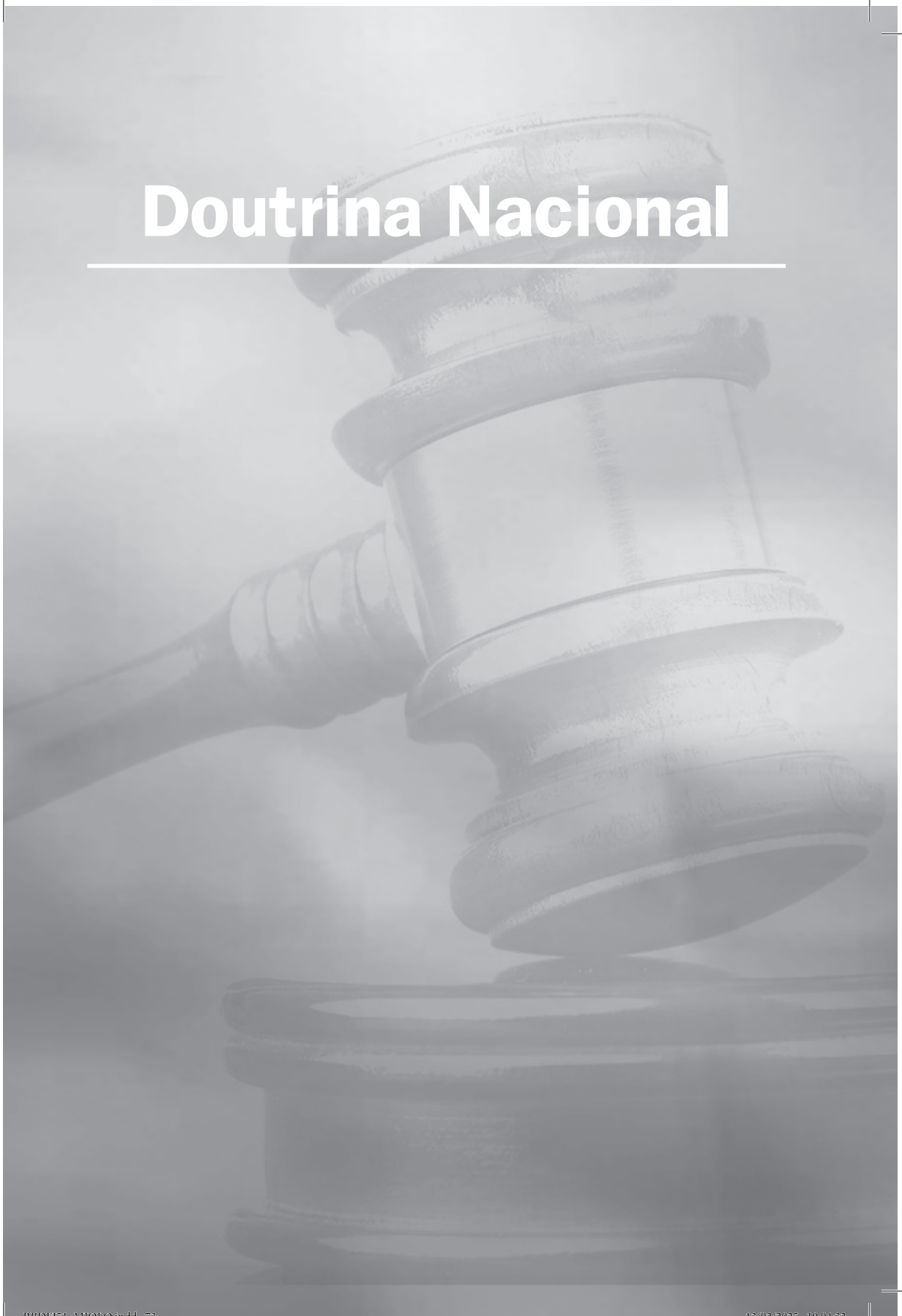
NEUNER, Jörg. A interpretação e desenvolvimento ecologicamente orientado do Direito Privado. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 19-71, jul./dez. 2024.

Recebido em: 4.12.2024
Cota convite
Aprovado em: 4.12.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 71 13/02/2025 10:04:32

RBDFJ51_MIOLO.indd 72 13/02/2025 10:04:32

Doutrina Nacional



RBDFJ51_MIOLO.indd 74 13/02/2025 10:04:32

REDEFININDO O APOIO À RENDA MÍNIMA NO BRASIL EM TEMPOS DE CRISE E DE TRANSIÇÃO[1]

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS, Porto Alegre. Advogado e parecerista. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2494-5805.

Jeferson Ferreira Barbosa

Doutor em Direito pela Universidade de Ratisbona, Alemanha. Pós-Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS, Porto Alegre. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9304-4835.

Resumo: O artigo busca realizar um balanço das alterações nas políticas de transferência e de apoio à renda no Brasil entre janeiro de 2021 e dezembro de 2023. No estudo foram levados em conta a estabilidade, a regulamentação do financiamento, projeções de reforma e as alterações efetivamente realizadas no recorte temporal. Além disso foram considerados dados relativos aos óbitos por Covid-19, níveis de desocupação no mercado de trabalho e o Produto Interno Bruto (PIB), além de dados indicativos sobre a cobertura e os benefícios do Programa Bolsa Família e Auxílio Brasil. 2021 fora impactado pela pandemia e igualmente antecedera as eleições presidenciais. Em 2022 os brasileiros optaram, em eleição, majoritariamente pela troca do Governo Federal. Ainda em um contexto político de polarização esse período foi fortemente marcado pela transição governamental: se 2021 marcara a substituição do Programa Bolsa Família pelo Auxílio Brasil, 2023 marcou o processo inverso, de revogação do Auxílio Brasil e de retomada do Programa Bolsa Família. Os dados sugeriram melhorias na cobertura e nos valores dos benefícios, no entanto as alterações ainda pareceram regidas por planejamentos de curto prazo. Além disso há incertezas quanto à efetiva estabilidade dos programas da assistência social, o seu contínuo aperfeiçoamento e financiamento.

Palavras-chave: Renda Mínima. Apoio da Renda. Transferência de Renda. Assistência Social. Seguridade Social.

Sumário: **1** Introdução – **2** Breve introdução à seguridade social brasileira e aos seus fundamentos constitucionais – **3** Projeções no âmbito da reforma das políticas de transferência e de apoio à renda – **4** Mudanças na assistência social e nas políticas de apoio à renda – **5** Considerações finais – Referências

[1] A presente pesquisa conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 (no âmbito do Programa CAPES/PNPD – Programa Nacional de Pós-Doutorado).

RBDFJ51_MIOLO.indd 75 13/02/2025 10:04:32

1 Introdução[2]

O período entre janeiro de 2021 a dezembro de 2023 se apresentou como desafiador para a seguridade social brasileira em geral, para a assistência social em particular, mas também para a saúde pública e para a economia. O ano de 2021 foi marcado por nova intensificação da Pandemia da Covid-19 no Brasil, pelo início e avanço gradual da vacinação, pelas incertezas geradas pelas novas variantes do coronavírus e ao mesmo tempo pela diminuição dos casos graves da doença.[3] Em linhas gerais, foi possível observar certo movimento com relação ao registro de aumento de mortes registradas como causadas pela Covid-19 e, posteriormente, a diminuição durante 2021, com a consolidação da diminuição entre 2022 e 2023. Ao mesmo tempo a taxa de desocupação alcançou os 14,90% (15.257.000 de pessoas) em 2021, mas depois diminuiu sensivelmente. Cuida-se de um número considerável, principalmente se comparado com a taxa de 8,5%, no primeiro trimestre de 2017, que correspondeu a um período de profunda crise econômica e política no Brasil, e à taxa de 4,9% que o País registrou no primeiro trimestre de 2012.[4] Em 2022 e 2023 a taxa de desocupação reduziu ainda mais em relação a 2021, chegando a 8,7% no último trimestre de 2022 e a 7,7% no de 2023. No que diz com a evolução do PIB desde 2021, constata-se uma trajetória de crescimento com oscilações mais visíveis no primeiro semestre de 2022 e de 2023. No primeiro trimestre de cada ano registra-se uma tendência de que a economia produza menos e de que o desemprego seja maior, o que muda no último trimestre, quando a tendência é inversa, o que deve ser levado em conta na avaliação dos dados, como traduzidos nos gráficos que seguem.

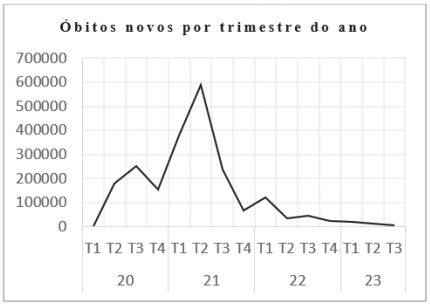
---

2 Lista de Abreviaturas: ACO: Ação Cível Originária; ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; BPC: Benefício de Prestação Continuada; Cf.: Confronte; CF: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Covid-19: Coronavirus Disease 2019; DF: Distrito Federal; DJE: Diário de Justiça Eletrônico; Ed.: Edição, Editor; Eds.: Editores; FIOCRUZ: Fundação Oswaldo Cruz; IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; IFI: Instituição Fiscal Independente; IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; MI: Mandado de Injunção; OAB/RS: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Seccional do Rio Grande do Sul; Org.: Organizador; PEC: Proposta de Emenda Constitucional; PIB: Produto Interno Bruto; RPPS: Regime Próprio de Previdência Social; STF: Supremo Tribunal Federal; UTI: Unidade de Tratamento Intensivo.

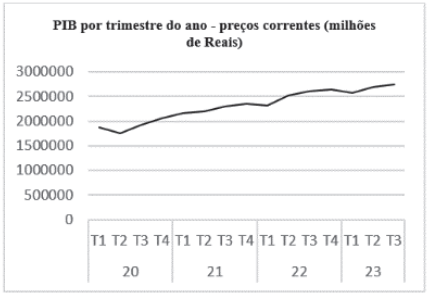
3 Cf., por exemplo, as notícias: INSTITUTO BUTANTAN. *Retrospectiva 2021:* segundo ano da pandemia é marcado pelo avanço da vacinação contra Covid-19 no Brasil. 31.12.2021. Disponível em: https://tinyurl.com/3dzxrw3f. Acesso em: 09 fev. 2024; FIOCRUZ. *Vacinação contra a Covid-19 no Brasil completa um ano*. 18.01.2022. Disponível em: https://tinyurl.com/4huncm77. Acesso em: 09 fev. 2024.

4 Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral.

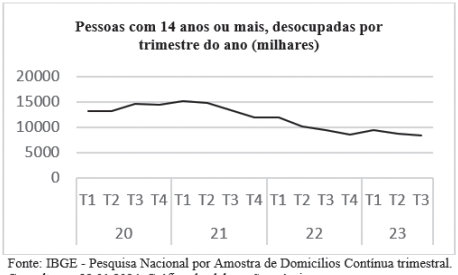
RBDFJ51_MIOLO.indd 76 13/02/2025 10:04:32



Fonte: Ministério da Saúde. Painel Coronavírus. Consulta em 18.01.2024. Gráfico de elaboração própria.



Fonte: IBGE - Contas Nacionais Trimestrais. Consulta em 22.01.2024. Gráfico de elaboração própria.



Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua trimestral. Consulta em 22.01.2024. Gráfico de elaboração própria.

À vista do exposto, é possível afirmar que, ao longo do período aqui analisado, a tendência foi de uma sensível melhora, embora não se possa dizer, diante da gravidade das sucessivas crises, que o cenário seja de fato favorável.

Em termos de renda e segurança social, os programas governamentais foram inevitavelmente atraídos por essa diversidade de faces que a crise apresentou.[5] O problema da saúde pública afetou a economia, na medida em que limitou e mesmo impediu o funcionamento de uma série de atividades, restringindo os meios para a subsistência. Assim, a criação de um auxílio emergencial levou a uma experiência sem precedentes em termos de assistência social, e, ao mesmo tempo, criou uma janela de oportunidades para a discussão das políticas de transferência e de apoio à renda no Brasil. O período de eleições presidenciais em 2022 e a eleição de um novo presidente, que passou a governar em 2023, também são aspectos contextuais marcantes a considerar. Em especial há que considerar também a

[5] A esse respeito Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social Security in Times of COVID-19 in Brazil. *In*: BECKER, Ulrich; SEEMANN, Anika (Eds.). *Protecting Livelihoods* – A Global Comparison of Social Law Responses to the COVID-19 Crisis. Baden-Baden: Nomos, 2022, p. 49-74. Disponível em: https://tinyurl.com/36eb9v7x. Acesso em: 09 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 77 13/02/2025 10:04:33

retórica de polarização política que marcou profundamente a sociedade brasileira nos últimos anos.

É nessa perspectiva e diante desse cenário que o presente artigo tem por foco as políticas de transferência e de apoio à renda no Brasil no âmbito da assistência social no período entre janeiro de 2021 a dezembro de 2023. O referido período abrange o enfrentamento da pandemia numa fase já mais consolidada, abarcando ao mesmo tempo os desafios e os impulsos que ela proporcionou ao tema da pesquisa que resultou neste texto, abarcando igualmente o período de transição governamental entre 2022 e 2023, que, tendo em conta os câmbios levados a efeito, não pode ser desconsiderado.

Quanto ao método adotado, a opção recaiu predominantemente no indutivo, embora a dedução tenha sido um importante instrumento secundário. Já no concernente ao caminho percorrido, inicia-se (2) com uma breve introdução à seguridade social brasileira, oferecendo assim uma contextualização do âmbito específico da assistência social. Na sequência (3) apresenta-se a evolução e as perspectivas em termos de transformação das políticas de transferência e de apoio à renda, destacando o alcance das ações e desenvolvimentos ocorridos no período de investigação, a começar pelo Auxílio Emergencial, seguido pelo Benefício de Prestação Continuada e pelo Auxílio-Inclusão para Pessoas com Deficiência, pela substituição e retomada do Programa Bolsa Família e por outras políticas relacionadas. No segmento (4), procede-se a uma breve avaliação relativamente à estabilidade dos novos programas criados e a regulamentação do respectivo financiamento. Ao final (5), à guisa de conclusão, segue um balanço geral da evolução no campo da assistência social e das políticas de transferência e de apoio à renda no Brasil durante o lapso temporal analisado.

2 Breve introdução à seguridade social brasileira e aos seus fundamentos constitucionais

Figura representando o sistema de seguridade social brasileiro

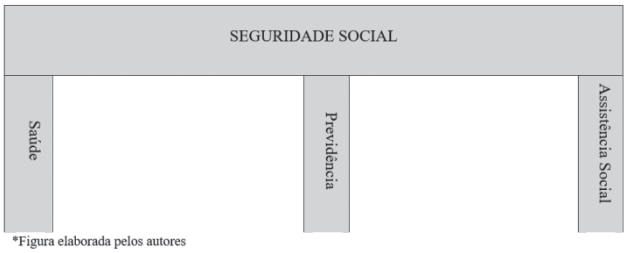


*Figura elaborada pelos autores

RBDFJ51_MIOLO.indd 78 13/02/2025 10:04:33

O Sistema de Seguridade Social brasileiro é organizado sobre três pilares: Previdência Social, Saúde e Assistência Social (art. 194-204 da Constituição Federal [CF]). Os direitos sociais à moradia, à alimentação, à educação, ao lazer, à segurança, ao trabalho, à proteção da maternidade e da infância, ao transporte, à saúde, à previdência social e à assistência aos desamparados são assegurados pela Constituição Federal na condição de direitos fundamentais no artigo 6º, CF. Além disso, de acordo com o parágrafo único introduzido no referido artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 114/2021 a todo o brasileiro em situação de vulnerabilidade social é devida uma renda familiar básica, garantida pelo Estado por meio de um programa permanente de transferência de renda, com critérios de acesso e requisitos determinados por lei, segundo critérios das leis fiscais e orçamentárias, benefício que se integra ao pilar da assistência social. Note-se, ainda, que, além de os três pilares antes referidos serem parte de um catálogo mais amplo de direitos fundamentais sociais, que abarca também, como já consagrado em esfera doutrinária e jurisprudencial, a garantia de um mínimo existencial para uma vida digna, a saúde, a previdência e a assistência social são reguladas de modo mais detido, ainda em nível constitucional, em diversos capítulos do Título da Ordem Social na CF. No plano constitucional, assumem relevo, dentre outros, também dispositivos presentes, por exemplo, no ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), somando-se a isso, na esfera infraconstitucional, um grande número de leis e outros atos normativos, que aqui não é o caso de inventariar.

Entre os objetivos gerais da seguridade social estão a universalidade da cobertura e do atendimento e a irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, parágrafo único, I e IV da CF). A previdência social é organizada sobre a base de contribuições sociais previamente pagas, da filiação obrigatória (seguro obrigatório) e critérios para o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, *caput* da CF).[6] A assistência social, por sua vez, é construída sobre o fundamento da necessidade e seus benefícios são concedidos sem que se exija contribuição prévia (art. 203, *caput* da CF). A saúde, por sua vez, é definida como direito de todos (universalidade e igualdade) e dever do Estado (art. 196, CF). Embora inexista disposição constitucional expressa estabelecendo a gratuidade e ausência de contribuição social por parte dos segurados, essa é a atual forma de funcionamento do SUS, o Sistema Único de Saúde (aqui referido como sinônimo de sistema público de saúde).

[6] O "equilíbrio financeiro e atuarial" refere-se tanto à previdência em si como ao orçamento da seguridade social. Aqui o dispositivo constitucional coloca o cálculo atuarial dos riscos, elemento típico dos sistemas de seguro (social) como importante regra. Com relação a tipologias, a classificação de diferentes tradições (de seguridade social), à comparação e com a indicação de referências adicionais cf.: BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Grenzziehung und Verhältnis zwischen der privaten Krankenversicherung und der öffentlichen Absicherung gegen Krankheit in Deutschland und in Brasilien*. Universität Regensburg. 2018, p. 98 *et seq*. Disponível em: https://epub.uni-regensburg.de/37558/. Acesso em: 02 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 79 13/02/2025 10:04:33

No que diz respeito aos principais benefícios na esfera da assistência social, destaca-se, inicialmente, o Benefício de Prestação Continuada (BPC).[7] Ele substitui a renda de pessoas para as quais o trabalho é impossível ou inexigível do ponto de vista social, e que não têm os meios necessários para prover o próprio sustento ou de o obter de sua família.[8] O referido benefício não exige uma contribuição anterior por parte dos beneficiários, no entanto, se trata de um direito subjetivo exigível judicialmente, já que a própria CF, no artigo 203, V, estabelece o grupo protegido (pessoas idosas e com deficiência) e o valor do benefício (um salário mínimo). Tratando-se de benefício previsto diretamente na CF com *status* de direito fundamental cuida-se de uma política de Estado dotada de maior estabilidade, visto que protegida também na condição de limite material à reforma constitucional.

Outro benefício importante da assistência social, no entanto, com menor proteção constitucional em comparação com o Benefício de Prestação Continuada, é o Programa Bolsa Família. Neste caso, não se trata de um benefício que substitui, mas que complementa a renda de famílias pobres e extremamente pobres, especialmente quando presentes crianças e jovens.[9] Para ser beneficiado pelo Bolsa Família não se exige contribuição prévia, bastando que se cumpra os requisitos de elegibilidade. Todavia, não há garantia de atendimento integral da demanda. Não se garante um benefício a todos os que cumpram os critérios de elegibilidade, o que normalmente se expressa, em lei, por disposições a indicar que o Programa está condicionado à disponibilidade orçamentária.[10]

Esse benefício fora instituído em outubro de 2003 e iniciado em janeiro de 2004,[11] mas foi revogado e substituído pelo Programa Auxílio Brasil no final de 2021. O Auxílio Brasil, por sua vez, foi revogado e o Bolsa Família reativado em

---

7 BRASIL. Lei nº *8.742, de 07 de dezembro de 1993*. DF: República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: https://tinyurl.com/3jbw7dzt. Acesso em: 02 fev. 2024. O benefício foi regulamentado em 1995 e pôde ser requerido a partir de 1996. BRASIL. *Decreto nº 1.744, de 08 de dezembro de 1995*. DF: República Federativa do Brasil, 1995. Disponível em: https://tinyurl.com/2v89asrm. Acesso em: 02 fev. 2024. O Decreto nº 1.744, posteriormente foi revogado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

8 IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Políticas Sociais:* acompanhamento e análise. Brasília, DF: Ipea, 2016, n. 24, p. 101 *et seq*.

9 PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana *et al. O Novo Regime Fiscal e suas Implicações para a Política de Assistência Social no Brasil*. Brasília, DF: Ipea, 2016. Nota Técnica nº 27, p. 22.

10 Como valia para o Bolsa Família, segundo o art. 6º, parágrafo único da Lei nº 10.836/2004, e como continua valendo segundo o art. 11, §1º da Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023, o Poder Executivo deve ajustar a quantidade de beneficiados e a soma dos benefícios de acordo com a disponibilidade de recursos no orçamento. BRASIL. Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023. DF: República Federativa do Brasil, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/3bva3m8v. Acesso em: 06 fev. 2024.

11 BRASIL. Lei nº *10.836, de 09 de janeiro de 2004*. DF: República Federativa do Brasil, 2004. Disponível em: https://tinyurl.com/yx29j9v9. Acesso em: 06 fev. 2024. Regulamentado pelo Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004, e posteriores alterações. BRASIL. Decreto nº *5.209, de 17 de setembro de 2004*. DF: República Federativa do Brasil, 2004. Disponível em: https://tinyurl.com/3hy5u3fv. Acesso em: 06 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 80 13/02/2025 10:04:33

março de 2023.[12] Essa instabilidade é um indício de um contexto de polarização no cenário político do Brasil.

O Programa Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada são instrumentos relevantes da assistência social brasileira para o fomento de uma renda mínima. Como não estão conectados diretamente a uma prévia contribuição, também apresentam o caráter mais intenso de transferência de renda. A criação do Bolsa Família e a consolidação do Benefício de Prestação Continuada são reconhecidos como associados a fortes reduções da pobreza.[13] Mesmo antes da pandemia, o Brasil vinha sofrendo com instabilidades econômicas e políticas, que já intensificavam a pressão sobre a seguridade social. Com o decorrer da emergência na saúde pública, tal pressão não apenas foi aumentada como se tornou indispensável o reforço e modificação das medidas de apoio à sociedade, à economia e à saúde pública.[14] Igualmente ganhou impulso a discussão sobre as políticas de apoio a uma renda mínima.[15]

3 Projeções no âmbito da reforma das políticas de transferência e de apoio à renda

As dificuldades econômicas e sociais causadas pela eclosão da pandemia da Covid-19 em 2020,[16] bem como os acontecimentos observados em 2021, formaram uma cadeia de eventos que favoreceu e fortaleceu o debate das políticas de apoio à renda mínima ou, dito de outra forma, das políticas não contributivas de transferência de renda. Entre esses eventos relevantes estiveram: *(1) a continuidade e recrudescimento da pandemia; (2) a retomada do auxílio emergencial; (3) a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Renda Básica de Cidadania;*[17] *(4) o reconhecimento pelo próprio Governo Federal de um período pós-pandemia conturbado e a exigir ação estruturada de apoio à sociedade; (5) a substituição*

[12] O Auxílio Brasil foi revogado e o Bolsa Família reativado em março de 2023. BRASIL. Medida Provisória nº 1.164, de 02.03.2023. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://tinyurl.com/25zv4sww. Acesso em: 06 fev. 2024. Atualmente convertida na Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023.

[13] PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana *et al.*, *op. cit.*

[14] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social Security in Times of COVID-19 in Brazil. *Op. cit.*

[15] Cf. os próximos tópicos e igualmente: SARLET, Ingo. Social Security in Brazil in Times of Crisis and Transition. *Social Law Reports No. 6/2019*. Munich: Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, 2019; SARLET, Ingo. Social Security in Brazil: Public Pension Reform and Responses to the COVID-19 Pandemic. *Social Law Report No. 6/2021*. Munich: Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, 2021.

[16] Vejam-se os achados apresentados em SARLET, Ingo. Social Security in Brazil: Public Pension Reform and Responses to the COVID-19 Pandemic. *Op. cit.*

[17] Mandado de Injunção (MI) 7.300, que abordaremos no próximo tópico.

RBDFJ51_MIOLO.indd 81 13/02/2025 10:04:33

do Programa Bolsa Família (PBF) pelo Auxílio Brasil;[18] *(6) já na fase de transição governamental, a retomada do PBF.*[19]

Nesse contexto, o Auxílio Emergencial[20] representou um marco nas políticas de transferência de renda não contributivas no Brasil. Dados apontaram para mais de 68 milhões de pessoal elegíveis, alcançando 118,8 milhões de pessoas ou 55,7% da população brasileira, levando em conta os elegíveis e seus familiares, considerando como referência o ano de 2020.[21] Além do valor incial de R$600 do benefício, impressionou sobretudo o alcance da cobertura desse programa emergencial. Todavia, o Auxílio Emergencial se mostrou como sendo uma solução de curto prazo por implicar gasto público muito elevado, visto que a sua permanência, nos moldes inicialmente previstos, implicaria um impacto superior a 7% do Produto Interno Bruto ou R$540 bilhões por ano.[22]

Relativamente ao tema, existe um estudo, publicado pelo Ipea em 2021, que simulou três modelos de benefícios não contributivos e três cenários orçamentários: *(i) modelo universal pago a todos indistintamente; (ii) modelo focalizado nos mais pobres e (iii) modelo híbrido, com componente focalizado e benefício pago a todas as crianças e adolescentes até 18 anos.* Em cada um desses modelos considerou: *(a) um orçamento neutro de R$58 bilhões/ano*, que não implicaria gastos adicionais e seria obtido pela reorganização de benefícios atuais; *(b) um orçamento intermediário de R$120 bilhões/ano*; e *(c) um orçamento otimista de R$180 bilhões/ano,* que colocaria o Brasil numa posição equivalente, em termos de gastos com programas dessa natureza, aos países pertencentes à OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).[23]

Independentemente da opção a ser privilegiada, teriam de ser enfrentadas as limitações inerentes a cada um dos modelos, com dificuldades de implementação e com a crescente limitação orçamentária. O modelo universal teria efeito reduzido sobre a desigualdade e a pobreza: um orçamento de R$180 bilhões garantiria apenas R$70 por pessoa. O modelo focalizado não conseguiria responder às oscilações de renda da população e a situações intermediárias. O modelo híbrido, ao mesmo tempo, possuiria e reduziria ambas as dificuldades. Em qualquer caso,

18 Conforme abordaremos no próximo tópico.

19 *Idem*.

20 Lei nº 13.982/2020; regulada pelo Decreto nº 10.316/2020. Embora tenha sido pensado como programa temporário foi reeditado duas vezes, sendo que a terceira versão teve vigência até outubro de 2021.

21 BRASIL. *Auxílio Emergencial 2020*. Ministério da Cidadania, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, Vis Data 3 beta. Disponível em: https://tinyurl.com/mtufkef5. Acesso em: 07 fev. 2024.

22 PAIVA, Luis Henrique; BARTHOLO, Letícia; SOUZA, Pedro H. *et al. A Reformulação das Transferências de Renda no Brasil*: Simulações e Desafios. Brasília, DF: Ipea, 2021. Texto para Discussão. Publicação Preliminar, p. 5.

23 PAIVA, Luis Henrique; BARTHOLO, Letícia; SOUZA, Pedro H. *et al. Op. cit.*

RBDFJ51_MIOLO.indd 82 13/02/2025 10:04:33

o fato é que o Governo Federal deveria liderar um grande esforço de coordenação com os municípios para cadastrar e atualizar os dados das famílias. Os meios digitais poderão ser um auxílio, mas continuarão exigindo equipes assistenciais para alcançar e verificar as famílias atendidas.

Mesmo tomando por referência o menor orçamento projetado, de R$58 bilhões, seria necessário suprimir a dedução do imposto de renda por filho dependente, por exemplo. Mas os recursos assim gerados deveriam ser compartilhados com os entes federados e levaria cerca de dois anos para que o orçamento fosse incrementado.[24] Além disso, existem indicativos de que, mesmo sem aumento dos gastos, o teto de despesas vigente[25] desde 2021 passou a colocar em risco o funcionamento da Administração Pública em geral.[26] Para os demais cenários orçamentários, seria necessário considerar ganhos obtidos por meio de reformas adicionais.[27]

Em todas as simulações, a cobertura aumentaria significativamente, a começar pelo orçamento mais restritivo, aumentando o número das 14 milhões de famílias cobertas pelo *PBF*, à época do estudo, para 26 milhões. O modelo focalizado é o que teria o maior efeito sobre a redução da pobreza e da desigualdade, seguido pelo híbrido. Nos três contextos orçamentários, os efeitos seriam tanto maiores, quanto mais aumentassem os recursos. No orçamento mais modesto, o modelo universal produziria aumento da desigualdade em comparação com a existente com o *PBF* vigente até 2021, sendo que produziria resultado ambíguo no

[24] PAIVA, Luis Henrique; BARTHOLO, Letícia; SOUZA, Pedro H. *et al*. *Op. cit*.

[25] O teto de gastos foi estabelecido em 2016 com vigência até 2036, por meio da Emenda Constitucional nº 95, de 2016. O teto de gastos significa que o Governo Federal está vinculado aos gastos de 2016, podendo apenas realizar atualização segundo índice de inflação especificamente indicado ("Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA"). BRASIL. *Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15.12.2016*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://tinyurl.com/4u8f6v2t. Acesso em: 07 fev. 2024. Ao consultar a EC nº 95, em 07.02.2024, não se constata revogação expressa. Ciente de que a alteração das regras financeiras e fiscais regularmente aparecem nas declarações públicas do novo Governo do Presidente Lula. Cabe referir que no final do mandato do Governo do Presidente Bolsonaro a Emenda Constitucional (EC) nº 126 de 2022 já estabeleceu algumas flexibilizações pontuais para a partir de 2023 ao alterar o art. 107 do ADCT. BRASIL. Emenda Constitucional nº *126, de 21.12.2022*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://tinyurl.com/44xzmpdd. Acesso em: 07 fev. 2024.

[26] IFI – Instituição Fiscal Independente. *Relatório de Acompanhamento Fiscal*, n. 41. Brasília: IFI, 2020.

[27] Envolveria inclusive articular aspectos da recém-aprovada reforma tributária: alternativamente ou envolveria o aumento impactante da alíquota do imposto sobre bens e serviços ou associar o dispositivo de transferência de renda previsto na própria reforma tributária, transformando-o em um pilar da transferência de renda, regular o imposto sobre grandes fortunas previsto no art. 153, VII, CF e regular a tributação sobre o patrimônio para assegurar a progressividade da tributação sobre os mais ricos. Como se vê, isso envolve assuntos polêmicos e que acarretam debate e exame aprofundado. Ainda há que se considerar a possibilidade de resistências de setores específicos, os prazos e os requisitos para que as reformas sejam aprovadas e possam entrar em vigor (PAIVA, Luis Henrique; BARTHOLO, Letícia; SOUZA, Pedro H. *et al*. *Op. cit*. BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/4m8bzuxf. Acesso em: 08 fev. 2024).

RBDFJ51_MIOLO.indd 83 13/02/2025 10:04:33

orçamento intermediário e apenas no maior orçamento geraria alguma melhora. Então, no contexto do estudo do IPEA, o que se sugere é um certo grau de focalização, com benefício focalizado ou híbrido, e o maior orçamento possível, levando em conta as possibilidades e limites do ambiente político. O orçamento de R$180 bilhões, por exemplo, com o modelo focalizado, reduziria o coeficiente de Gini em 7,2% e a extrema pobreza a praticamente zero, ao passo que com o modelo híbrido a desigualdade recuaria em 6% e a extrema pobreza seria reduzida de 6,2 para 3,2%.[28]

Como se pode perceber, neste tópico foram apresentados alguns cenários de reformas das políticas de transferência e de apoio à renda, de modo a que se pudesse compreender, numa perspectiva mais ampla, as ações e desenvolvimentos ocorridos no período de janeiro de 2021 a dezembro de 2023, a começar pelo Auxílio Emergencial, seguido pelo Benefício de Prestação Continuada e pelo Auxílio-Inclusão para Pessoas com Deficiência, pela substituição e reativação do Programa Bolsa Família, por outras políticas relacionadas e, por fim, para que se pudesse fazer uma breve avaliação relativamente à estabilidade dos novos programas e regulamentação do respectivo financiamento. No próximo tópico serão apresentados caminhos específicos adotados pelo Brasil e que se inserem em um contexto mais amplo de possibilidades, mas que não impedem, tampouco eliminam, possíveis mudanças de direção no futuro. Por tal razão é que se buscou inicialmente apresentar projeções antes de descrever as mudanças específicas realmente implementadas.

4 Mudanças na assistência social e nas políticas de apoio à renda

4.1 Auxílio emergencial

O auxílio emergencial foi uma medida direcionada a compensar a perda de renda gerada pela pandemia e pela necessidade de paralisar diversas atividades em 2020,[29] foi retomado em abril de 2021 em uma versão com alterações.[30] O

[28] PAIVA, Luis Henrique; BARTHOLO, Letícia; SOUZA, Pedro H. G. F. de *et al*. *Op. cit*.

[29] Lei nº 13.982/2020; para detalhes, cf. SARLET, Ingo. Social Security in Brazil: Public Pension Reform and Responses to the COVID-19 Pandemic. *Social Law Report No. 6/2021*. *Op. cit*.; SARLET, Ingo; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social Security in Times of COVID-19 in Brazil. *Op. cit.*, p. 61 *et seq*.

[30] O Auxílio Emergencial foi descontinuado entre janeiro e março de 2021, mas retomado pelas medidas provisórias 1037, 1038 e 1039 de 18 de março de 2021 e regulado pelo Decreto nº 10.661 de 26 de março de 2021. O Auxílio Emergencial 2021 foi retomado inicialmente por quatro meses (de abril a julho), e estendido até o final de outubro de 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 84 13/02/2025 10:04:33

auxílio emergencial de 2021 restringiu o pagamento do benefício a uma pessoa por família e reduziu os valores mensais para: R$150, para beneficiários que moravam sozinhos e não possuiam filhos; R$250 para famílias maiores e um adicional de R$125, totalizando R$375 de benefício, para famílias monoparentais providas por mulheres. O benefício foi pago independentemente de requerimento, desde que cumpridos os requisitos para a elegibilidade. Além da redução dos valores a receber, houve uma restrição do público-alvo elegível, de modo a priorizar as pessoas mais necessitadas, seja por meio de mecanismos de controle aprimorados, seja por meio de critérios adicionais, como a limitação a um benefício por família ou a proibição do benefício para beneficiários de bolsas de estudos.[31] A redução do valor do benefício foi justificada pela queda da capacidade financeira do Governo Federal e a necessidade de manter a dívida pública em níveis controláveis.[32] O referido auxílio foi estendido, em 2021, por mais três meses, até outubro de 2021.[33] Durante todo o ano de 2021 o Governo Federal gastou R$60,58 bilhões com o Auxílio Emergencial.[34]

4.2 Benefício de Prestação Continuada

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é um benefício da assistência social que garante uma renda mensal de 1 salário mínimo (R$1.320,00 em 2023) para pessoas com deficiência ou a partir de 65 anos de idade, que comprovem não poder prover seu sustento por si ou por meio de sua família. Critério para tal comprovação tem sido a renda familiar *per capita* mensal inferior a ¼ do salário mínimo (R$330,00).[35]

No ano de 2021 ocorreram alterações significativas nos critérios de acesso ao Benefício de Prestação Continuada. Anteriormente, a pessoa idosa ou deficiente postulante do benefício deveria provar renda *per capita* inferior a um quarto

[31] BRASIL. *Medida Provisória nº 1.039, de 18.03.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/mpdv46u6. Acesso em: 09 fev. 2024. Vigência Encerrada. Também o auxílio emergencial específico para o setor da cultura foi prorrogado em 2021. BRASIL. *Lei nº 14.150, de 12.05.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/4j7p9h5y. Acesso em: 09 fev. 2024.

[32] BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.039, de 18.03.2021*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União e Controladoria-Geral da União, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2p9y9k7x. Acesso em: 09 fev. 2024.

[33] BRASIL. *Decreto nº 10.740, de 05.07.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/5b3wz4fu. Acesso em: 09 fev. 2024. Atualmente revogado.

[34] BRASIL. *Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19*. Tesouro Nacional Transparente: 01.02.2023. Disponível em: https://tinyurl.com/4ewcya2z.. Acesso em: 09 fev. 2024.

[35] Abordaremos esse aspecto abaixo, ao tratarmos das mudanças ocorridas.

RBDFJ51_MIOLO.indd 85 13/02/2025 10:04:33

do salário mínimo, com a mudança foi admitida uma renda de até, inclusive, um quarto do salário mínimo. Embora esse seja também um valor relativamente baixo. Além da renda *per capita*, passou-se a admitir outros critérios para caracterizar a situação de vulnerabilidade e de miséria: o grau de deficiência ou de dependência do auxílio de terceiros e o comprometimento da renda familiar com gastos médicos, alimentos especiais e fraldas, não disponibilizados pelo sistema público de saúde. Todavia, essa última alteração depende de regulamentação por decreto, que ainda não foi publicado,[36] e que pode, inclusive, aumentar a renda familiar *per capita* para até meio salário mínimo.[37] Anteriormente o Congresso já havia tentado aumentar o limite para ½ salário mínimo, com a Lei nº 13.981/2020, que, contudo, foi suspensa pelo STF em 2020 por não observar regras orçamentárias.[38]

4.3 Auxílio-inclusão para pessoas com deficiência

O auxílio-inclusão, previsto no artigo 94 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) é um benefício da assistência social que tem o objetivo de incentivar a inserção das pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho. Em outubro de 2021, passaram a ter direito ao benefício as pessoas com deficiência moderada ou grave que, cumulativamente, sejam beneficiárias ou ex-beneficiárias[39] do Benefício de Prestação Continuada e que passem a exercer atividade remunerada com até dois salários mínimos e que as inclua ou no seguro obrigatório do Regime Geral de Previdência Social ou no Regime Próprio dos Servidores Públicos de Ente Federado,[40] entre outros critérios.[41] O valor do benefício corresponde a cinquenta por cento do valor do Benefício de Prestação Continuada vigente. Detalhe importante é que o exercício de atividade remunerada gera automaticamente a suspensão do Benefício de Prestação Continuada e que o auxílio-inclusão não pode ser acumulado com qualquer aposentadoria, pensão, benefício por incapacidade ou seguro-desemprego.[42]

[36] Cabe referir, a título de atualização, que até 09.02.2024 não constou a regulamentação de tais critérios. Levantamento feito no "Portal da Legislação", em "Resenha Diária". Disponível em: https://tinyurl.com/24chphv2. Acesso em: 09 fev. 2024.

[37] BRASIL. *Lei nº 14.176, de 22 de junho de 2021* (Lei 14.176/2021). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/4cd9w2t8. Acesso em: 14 maio 2022.

[38] Cf. SARLET, Ingo; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social Security in Times of COVID-19 in Brazil. *Op. cit.*, p. 67 *et seq*.

[39] Pessoas que receberam o benefício nos últimos cinco anos. Cf. Art. 26-A, §1º, I, Lei nº 14.176/2021.

[40] O Regime Geral de Previdência Social é o plano público de pensões e aposentadorias do Brasil, que abrange os trabalhadores privados como segurados obrigatórios. Contudo os servidores públicos, normalmente, são segurados por regimes especiais controlados pelo Governo Federal, estados ou municípios (Regimes Próprios de Previdência Social).

[41] Cf. Art. 26-A, Lei nº 14.176/2021.

[42] Cf. Art. 26-C, Lei nº 14.176/2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 86 13/02/2025 10:04:33

4.4 Substituição e retomada do Programa Bolsa Família (PBF)

O PBF é um dos mais bem conhecidos benefícios da assistência social. De modo geral consiste em um benefício de transferência condicional de renda, concedido mediante comprovação de necessidade. Como já anunciado, esse programa foi inicialmente substituido pelo Auxílio Brasil em agosto de 2021 e retomado em março de 2023.[43]

Para melhor compreensão, calha iniciar com uma breve descrição do PBF vigente até agosto de 2021. Esse programa assegurava um benefício básico para famílias extremamente pobres (renda *per capita* de até R$89) e um benefício flexível para famílias pobres (renda *per capita* de até R$178). Este último era concedido em caso de gravidez, quando havia crianças de até 12 anos e jovens entre 12 e 17 anos. As famílias tinham de comprovar o cumprimento de condições específicas como exame pré-natal e percentual fixado de frequência escolar para crianças e jovens.[44] O valor mensal transferido variava de acordo com a renda *per capita* informada e o número de crianças, de mulheres grávidas e de lactantes morando na residência da família. O programa atendeu a quase 15 milhões de famílias beneficiadas em outubro de 2021, quando o valor médio do benefício recebido foi de R$185,89.[45] O pagamento era feito diretamente para a mãe das crianças beneficiárias, sempre que possível. No entanto, o programa não previa uma indexação do benefício à inflação.

Em julgamento realizado em 27.04.2021, o STF determinou que o Poder Executivo da União, para o ano de 2022, estabelecesse o valor, fizesse a respectiva previsão orçamentária e iniciasse o pagamento de benefício correspondente à Renda Básica de Cidadania prevista na Lei nº 10.835, de 08 de janeiro de 2004 (Lei nº 10.835/2004), com relação às pessoas pobres e extremamente pobres. No mesmo julgamento, o STF também realizou um apelo para que o Legislativo e o Executivo atualizassem os valores dos benefícios do PBF e para que aprimorassem

[43] O Auxílio Brasil foi revogado e o Bolsa Família reativado em março de 2023. BRASIL. *Medida Provisória nº 1.164*, de 02.03.2023. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://tinyurl.com/25zv4sww. Acesso em: 10 fev. 2024. Atualmente revertida na Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023.

[44] Cf. Art. 2º, I, II, III, IV, §2º , §3º e Art. 3º, *caput* e parágrafo único. BRASIL. *Lei nº 10.836, de 09.01.2004.* Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://tinyurl.com/44k6jfux. Acesso em: 10 fev. 2024. Revogada. Cf. Art. 18 do Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004, em sua versão vigente até outubro de 2021. BRASIL. *Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://tinyurl.com/4am9a9hz. Acesso em: 10 fev. 2004. Depois disso houve mais um aumento dos limites de renda para caracterizar pobreza e extrema pobreza já na transição para o Auxílio Brasil.

[45] Fonte: Portal Brasileiro de Dados Abertos. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/download-de-dados. Acesso em: 12 fev. 2024, mediante o *download* do arquivo de dados e leitura/contagem por meio do *software* de análise de dados "Power BI".

RBDFJ51_MIOLO.indd 87 13/02/2025 10:04:33

os programas sociais de transferência de renda, em especial a já referida Renda Básica de Cidadania.[46]

Na sequência, a Medida Provisória nº 1.061, de 09.08.2021, posteriormente convertida na Lei nº 14.284, de 29.12.2021, revogou o PBF, com os pagamentos terminando em outubro de 2021, instituindo o Auxílio Brasil.[47] Em novembro de 2021, o novo benefício iniciou com pagamento médio de R$224,41 por família[48] e, em dezembro de 2021, foi criado um benefício extraordinário para que cada família contemplada recebesse no mínimo R$400,00.[49] Segundo a lei, o programa corresponderia a uma etapa do processo gradual e progressivo de implementação da universalização da Renda Básica de Cidadania e que até o momento não havia sido implementada.[50] O novo programa também encontrava motivação no fim do Auxílio Emergencial, criado para minimizar o impacto econômico e social gerado pelas medidas de combate à pandemia da Covid-19, e na perspectiva de um cenário pós-pandemia conturbado. A ideia apresentada era mobilizar ações no sentido de atenuar as perdas das famílias mais vulneráveis e promover a recuperação econômica mediante uma atuação estruturada.[51]

As principais características do Auxílio Brasil eram a ampliação do seu alcance em relação ao PBF, atingindo mais famílias, e a expansão e unificação de benefícios sociais. Ele era composto basicamente de um benefício para crianças de 0 a 36 meses, um benefício para gestantes e pessoas entre 3 e 21 anos e um benefício para a superação da extrema pobreza. Também eram previstos benefícios para estimular o desempenho esportivo e científico das crianças, auxílio para o acesso a creches, auxílio para a inclusão produtiva rural direcionada a agricultores familiares e de inclusão produtiva urbana para estimular que os beneficiários

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Mandado de Injunção (MI) 7.300 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 27.04.2021. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*: Brasília, DF, n. 167, p. 35, 23.08.2021.

[47] BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.061, de 05.08.2021*. Brasília, DF: Ministério das Cidades e outros ministérios, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2p8r56r3. Acesso em: 10 fev. 2024.

[48] BRASIL. Ministério da Cidadania. *Demonstrativo Físico/Financeiro do Auxílio Brasil – novembro/2021*. Disponível em: https://tinyurl.com/438eujnd. Acesso em: 10 fev. 2024.

[49] BRASIL. *Medida Provisória nº 1.076, de 07.12.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2j5rdphm. Acesso em: 10 fev. 2024. Convertida em Lei. BRASIL. *Lei nº 14.342, de 18.05.2022*. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/2x5jt5ux. Acesso em: 10 fev. 2024. Cabe mencionar que as disposições relativas ao Auxílio Brasil foram revogadas em 2023.

[50] BRASIL. Lei nº *14.284, de 29.12.2021.* Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2p96f4vh. Acesso em: 10 fev. 2024. Revogada.

[51] BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.061, de 05.08.2021*. *Op. cit.*

RBDFJ51_MIOLO.indd 88 13/02/2025 10:04:33

se inserissem no mercado e elevassem seus rendimentos.[52] Assim, por exemplo, o beneficiário que encontrasse emprego formal não perderia o benefício e continuaria a receber R$200 durante os dois primeiros anos no emprego.[53] Em fevereiro de 2023 o programa beneficiou pouco menos de 21 milhões de famílias e o valor médio do benefício ficou em R$380,14.[54]

Todo esse bloco de benefícios adicionais previsto no art. 5º, Lei nº 14.284/2021 foi revogado com a reinstituição do PBF por meio da Medida Provisória nº 1.164, de 2 de março de 2023, posteriormente convertida na Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023, e revogação do Auxílio Brasil.[55] Esse período conturbado de revogações e instituição de programas de transferência de renda corresponde, como já sinalizado, à transição de Governos em um ambiente político de polarização.

Entre os objetivos do PBF estão combater a fome, auxiliar na quebra do ciclo de reprodução da pobreza e "promover o desenvolvimento e a proteção social das famílias, especialmente das crianças, dos adolescentes e dos jovens em situação de probreza" (Art. 3º, I, II e III, Lei nº 14.601/2023). Os benefícios financeiros do programa incluem: a) R$142,00 por pessoa da família beneficiária do PBF, a título de Benefício de Renda de Cidadania; b) se a soma dos valores recebidos a título de Benefício de Renda de Cidadania for inferior a R$600,00 a família receberá o valor necessário para alcançar esse valor mínimo, isso é que se denominou de Benefício Complementar; c) R$150,00 por criança para famílias que possuam crianças de 0 a 7 anos incompletos, a título de Benefício Primeira Infância; d) R$50,00, a título de Benefício Variável Familiar, para famílias que possuam gestantes; lactantes, crianças entre 7 e 12 anos incompletos e adolescentes entre 12 e 18 incompletos (Art. 7º, §1º, I, II, III, IV "a", "b", "c" e "d", Lei nº 14.601/2023).

Os integrantes da família devem cumprir as seguintes condições conforme o caso: realização de exame pré-natal, cumprimento do calendário nacional de vacinação, acompanhamento nutricional dos beneficiários até 07 anos de idade incompletos, 60% de frenquência escolar para crianças entre 4 e 6 anos incompletos e de 75% para beneficiários entre 6 e 18 anos incompletos (art. 10, I, II, III, IV "a" e "b", Lei nº 14.601/2023).

---

52 BRASIL. *Medida Provisória nº 1.061, de 09.08.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/ye3vj2jt. Acesso em: 10 fev. 2024. Convertida na Lei nº 14.284, de 29.12.2021, atualmente já revogada; BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.061, de 05.08.2021*. *Op. cit*.

53 BRASIL. Governo Federal. *Pronunciamento à Nação* (do Ministro da Cidadania). Brasília-DF: Ministério da Cidadania, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/2kv2m2py. Acesso em: 12 abr. 2022.

54 Fonte: Portal Brasileiro de Dados Abertos. *Idem*.

55 Art. 26. BRASIL. *Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/3bva3m8v. Acesso em: 11 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 89 13/02/2025 10:04:34

Os requisitos de elegibilidade são: Inscrição no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico); renda familiar de até R$218,00 por pessoa. Caso uma família já beneficiária do *PBF* passe a ter renda superior a R$218,00 por pessoa, então continuará recebendo os benefícios por até 24 meses, no entanto receberá 50% dos valores a que teria direito. Caso o aumento de renda supere o valor de meio salário mínimo por pessoa, então a interrupção dos benefícios será imediata (Art. 5º, I, II e art. 6º, §1º e 2º, Lei nº 14.601/2023). Em dezembro de 2023 o programa manteve patamar próximo aos 21 milhões de famílias beneficiadas e o valor médio do benefício ficou em R$653,24.[56]

4.5 Políticas de apoio para os custos com energia

Em novembro de 2021 foi instituído o auxílio "Gás dos Brasileiros" para diminuir o impacto do preço do gás de cozinha sobre o orçamento das famílias de baixa renda. Justamente por isso o programa tem como foco as famílias inscritas no "Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal", que tenham renda *per capita* de até meio salário mínimo ou que possuam algum residente que receba o Benefício de Prestação Cotinuada. A cada dois meses as famílias receberão o valor de cinquenta por cento do preço médio nacional de um botijão de gás com peso de treze quilos. O número de famílias beneficiadas é limitado pela dotação orçamentária destinada ao programa, o que gera a possibilidade de que nem todas as famílias necessitadas e que cumpram os requisitos sejam atendidas.[57] O art. 20 da Lei nº 14.601/2023 transformou esse auxílio em um benefício adicional complementar e temporário do Programa Bolsa Família, o que sinaliza eventual substituição, na linha do que ocorreu com o Auxílio Brasil.

Desde 2010, a Lei nº 12.212, de 20.01.2010, dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica, direcionada para consumidores residenciais de baixa renda. Em primeiro lugar os moradores da residência ou deverão pertencer à família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, com renda *per capita* de até meio salário mínimo, ou devem ser titulares do Benefício de Prestação Continuada. Cumprido o requisito, um consumo de até 30 kWh/mês gera um desconto de 65%, de até 100 kWh/mês gera um desconto de 40% e de

[56] Fonte: Portal Brasileiro de Dados Abertos. *Idem*.

[57] BRASIL. *Lei nº 14.237, de 19.11.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/bdhzkbv3. Acesso em: 12 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 90 13/02/2025 10:04:34

até 220 kWh/mês um desconto de 10% na conta residencial de energia elétrica.[58] Em 2021, alteração legislativa determinou a atualização automática dos beneficiários,[59] e, conforme declaração do Ministro da Cidadania, as famílias inscritas no Cadastro para Programas Sociais passariam a receber os descontos automaticamente, beneficiando cerca de 24 milhões de famílias.[60]

O que se constata, desde logo, é que embora tais programas, em certa medida, careçam de um tratamento unitário dentro do sistema de seguridade social brasileiro, fica evidente sua contextualização no sistema de seguridade social brasileiro, bem como os reflexos em termos de reforço da renda familiar. Calha destacar, neste contexto, a inclusão na lista de beneficiários de pessoas que recebem benefícios da assistência social. Do ponto de vista da estabilidade e da garantia de recebimento do benefício, especialmente o auxílio gás parece não oferecer segurança em termos de sua continuidade, mas tal assertiva, à evidência, poderá não ser confirmada.

4.6 Estabilidade dos novos programas e regulamentação do financiamento

Embora o Auxílio Brasil tenha promovido uma unificação, melhor articulação e expansão dos benefícios previstos, em termos monetários o aumento do benefício pareceu estar, ao menos em parte, atrelado a objetivos eleitorais de curto prazo, em vista das eleições gerais previstas para outubro e novembro de 2022, levando a uma negociação entre o Governo Federal e o Congresso Nacional. A sugerir que a solução foi improvisada é possível referir o curto tempo de discussão e aprovação de duas emendas constitucionais no Congresso Nacional. Os recursos necessários ao programa foram gerados por meio de alterações no método de atualização anual do teto de gastos do Poder Público, que havia sido estabelecido desde 2016 (EC nº 95/2016) com vigência até 2036, além do estabelecimento de um teto de pagamento para os débitos do Governo oriundos de ordens judiciais. A limitação de pagamentos ordenados judicialmente vale até 2026, podendo gerar o atraso de pagamentos devidos. O espaço orçamentário a ser gerado foi vinculado à seguridade

[58] BRASIL. *Lei nº 12.212, de 20.01.2010*. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Art. 1º e Art. 2º, I e II. Disponível em: https://tinyurl.com/5xrfwmaf. Acesso em: 12 fev. 2024.

[59] BRASIL. *Lei nº 14.203, de 10.09.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/3u9j7ak9. Acesso em: 12 fev. 2024.

[60] BRASIL. Governo Federal. *Pronunciamento à Nação* (do Ministro da Cidadania). Brasília-DF: Ministério da Cidadania, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/2kv2m2py. Acesso em: 12 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 91 13/02/2025 10:04:34

social e a um fundo destinado para a educação.[61] Contudo o novo Governo Federal, que assumiu em 2023, obteve autorização do STF para abrir créditos extraordinários para o pagamento da crescente dívida que nos exercícios de 2022 e 2023 já acumulavam valor superior a R$60 bilhões de reais em atraso. Assim, com a troca de Governo optou-se por superar os limites impostos pela referida emenda constitucional ao pagamento de precatórios.[62]

A Emenda Constitucional nº 114/2021, tal como já adiantado, inseriu um direito fundamental social à renda familiar básica para pessoas em situação de vulnerabilidade nos artigos 6º, parágrafo único e 203, VI, da Constituição brasileira. Tal direito, contudo, foi condicionado à regulamentação pelo legislador, que possuía como prazo de regulamentação até o final do ano de 2022. Embora o tema tenha sido tangenciado pela lei que instituiu o Auxílio Brasil e agora igualmente pela lei que retomou o PBF em 2023, que inclusive instituiu um Benefício de Renda de Cidadania como parte do PBF (Art. 7º, §1º, I, Lei nº 14.601/2023), pode-se dizer que ainda restam pendências significativas quanto ao tema.

5 Considerações finais

No que diz respeito à proposta de levar a efeito um levantamento e um balanço das políticas de apoio e de transferência de renda no Brasil no âmbito da assistência social foi possível observar que se tratou de um período repleto de desafios: na esfera da saúde pública 2021 foi o período com o ápice no número de óbitos causados pela pandemia; também foi o ano com níveis de desemprego sem precedentes nas últimas décadas; na esfera econômica, considerando a evolução geral, a produção nacional já se encontrava no caminho de uma recuperação, embora ainda presentes os efeitos de uma crise econômica. A despeito disso, já

61 BRASIL. *Emenda Constitucional nº 113, de 08.12.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/bdft2ad8. Acesso em: 13 fev. 2024. BRASIL. *Emenda Constitucional nº 114, de 16.12.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/ynaywfec. Acesso em: 13 fev. 2024.

62 BRASIL. *Medida Provisória nº 1.200, de 20 de dezembro de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/mrx9cdse. Acesso em: 12 fev. 2024. BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.200, de 20 de dezembro de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/3y3p98dx. Acesso em: 12 fev. 2024. A esse respeito os julgamentos da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 7.064/DF e da ADI 7.047/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.047 Distrito Federal. Relator: Luiz Fux. 28.11.2023. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*, 19.12.2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.064 Distrito Federal. Relator: Luiz Fux. 01.12.2023. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*, 19.12.2023.

RBDFJ51_MIOLO.indd 92 13/02/2025 10:04:34

ao longo de 2021 foi possível observar melhoras nesses três âmbitos, tendência que permaneceu em 2022 e 2023.

O Auxílio Emergencial foi um benefício inserido tanto no contexto da saúde pública como da economia e da seguridade social em geral. Com relação ao Benefício de Prestação Continuada, benefício pertencente à assistência social, ocorreram melhorias, embora aí existam pendências na regulamentação em relação aos novos critérios para caracterização de vulnerabilidade e de miséria. Por sua vez, a substituição do Bolsa Família pelo Auxílio Brasil apareceu como uma resposta aos efeitos da pandemia, à jurisprudência do STF, e, ao mesmo tempo, possivelmente, a razões de ordem política, tendo em vista as eleições gerais, inclusive para Presidente da República, de 2022. As medidas com relação à energia elétrica e ao gás tendem a reforçar a renda das famílias mais necessitadas, se considerarmos que reduzem os gastos familiares com esses insumos. De outra parte o Auxílio Brasil foi revogado e o Bolsa Família novamente instituído em 2023. Essa sequência de revogações aponta para a persistência de um contexto político de polarização e de uma lógica de contínuo desmonte e reconstrução de políticas de Estado a cada Governo, embora seja possível observar avanços aparentes.

Interessante observar que na sequência de instituição e revogação do Auxílio Brasil e de revogação e nova instituição do Programa Bolsa Família, houve um aumento significativo no número de famílias beneficiadas e o progressivo aumento do valor dos benefícios. Os meios para obter os recursos necessários se mostraram controversos com aprovação de duas emendas constitucionais (EC nº 113/2021 e EC nº 114/2021). Elas realizaram a limitação e o adiamento de pagamentos ordenados por decisões judiciais e inseriram mudanças no método de cálculo do teto de gastos públicos. Meios esses que foram posteriormente revistos e contornados. Embora já fugindo ao escopo do presente trabalho também devemos considerar que tão somente o aumento do número de beneficiados e do valor dos benefícios não é uma garantia por si só, visto que evoluções como a taxa de inflação e a desvalorização da moeda podem anular ou potencializar os avanços e que tais aspectos estão conectados à capacidade de produção e de consumo do Brasil e do mercado global.

Seguindo o que já ocorria com os programas anteriores, o Programa Bolsa Família seguiu como benefício focalizado nos mais necessitados, dado que no próprio texto constitucional foi inserido um direito fundamental social à renda familiar básica para pessoas em situação de vulnerabilidade.

Finalmente, como já indicado ao longo do presente texto, o que se revelou como sendo mais vulnerável a incertezas é a garantia de uma efetiva estabilidade no que diz respeito aos programas já implantados, bem como as perspectivas relativas ao seu contínuo aperfeiçoamento, além da necessidade de se buscar

RBDFJ51_MIOLO.indd 93 13/02/2025 10:04:34

soluções viáveis e eficazes em termos de financiamento. A evolução da assistência social ainda parece regida por uma lógica de curto prazo, o que se percebe pelas sequências de revogação e instituição dos programas de complementação da renda (basicamente o Bolsa Família e o Auxílio Brasil). O processo de regulamentação do financiamento como um todo também indica que a praticidade e a inteligibilidade dos cálculos que afetam o orçamento e o financiamento da seguridade social em geral e da assistência social em específico estão constantemente sendo prejudicadas.

Redefining minimum income support in Brazil in times of crisis and transition

Abstract: The aim of this paper is to assess the changes in terms of income transfer and support policies in Brazil between January 2021 and December 2023. The study considered stability, financing regulations, reform projections, and actual changes over the period. In addition, data on deaths by Covid-19, the level of unemployment and the Gross Domestic Product (GDP) were considered, as well as indicative data on the coverage and benefits of the Family Allowance Program and the Brazil Aid. 2021 was affected by the pandemic and preceded the presidential elections. In 2022, most Brazilians voted to change the federal government. Still in a politically polarized context, this period was strongly marked by the change of government: while 2021 marked the replacement of the Family Allowance Program by Brazil Aid, 2023 marked the reverse process, with the revocation of Brazil Aid and the resumption of the Family Allowance Program. The data suggested improvements in coverage and benefits, but the changes still seemed to be driven by short-term planning. This is compounded by the projected difficulties in the reform scenarios, which leads to uncertainty about the effective stability of social assistance programs, their continuous improvement, and their financing.

Keywords: Minimum Income. Income Support. Cash Transfer. Social Assistance. Social Security.

Content: **1** Introduction – **2** A Brief Introduction to the Brazilian Social Security System and its Constitutional Foundations – **3** Reform Projections Regarding Cash Transfer and Minimum Income Policies – **4** Changes in Social Assistance and Minimum Income Support – **5** Final Remarks – References

Referências

BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Grenzziehung und Verhältnis zwischen der privaten Krankenversicherung und der öffentlichen Absicherung gegen Krankheit in Deutschland und in Brasilien*. Universität Regensburg. 2018. Disponível em: https://epub.uni-regensburg.de/37558/. Acesso em: 02 fev. 2024.

BRASIL. *Auxílio Emergencial 2020*. Ministério da Cidadania, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, Vis Data 3 beta. Disponível em: https://tinyurl.com/mtufkef5. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: https://tinyurl.com/2p89rsu6. Acesso em: 02 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 1.744, de 08 de dezembro de 1995*. DF: República Federativa do Brasil, 1995. Disponível em: https://tinyurl.com/2v89asrm. Acesso em: 02 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 94 13/02/2025 10:04:34

BRASIL. *Decreto nº 10.740, de 05.07.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/5b3wz4fu. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. Decreto nº *5.209, de 17 de setembro de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://tinyurl.com/4am9a9hz. Acesso em: 10.02.2004.

BRASIL. *Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15.12.2016*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://tinyurl.com/4u8f6v2t. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 113, de 08.12.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/bdft2ad8. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 114, de 16.12.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/ynaywfec. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 126, de 21.12.2022*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://tinyurl.com/44xzmpdd. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/4m8bzuxf. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.061, de 05.08.2021*. Brasília, DF: Ministério das Cidades e outros ministérios, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2p8r56r3. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.200, de 20 de dezembro de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/3y3p98dx. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.039, de 18.03.2021*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União e Controladoria-Geral da União, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2p9y9k7x. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. Governo Federal. *Pronunciamento à Nação (do Ministro da Cidadania)*. Brasília-DF: Ministério da Cidadania, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/2kv2m2py. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.836, de 09.01.2004.* Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://tinyurl.com/44k6jfux. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.212, de 20.01.2010. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Art. 1º e Art. 2º I e II. Disponível em: https://tinyurl.com/5xrfwmaf. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.150, de 12.05.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/4j7p9h5y. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.176, de 22 de junho de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/4cd9w2t8. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.203, de 10.09.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/3u9j7ak9. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.237, de 19.11.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/bdhzkbv3. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.284, de 29.12.2021.* Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2p96f4vh. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.342, de 18.05.2022*. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://tinyurl.com/2x5jt5ux. Acesso em: 10 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 95 13/02/2025 10:04:34

BRASIL. *Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/3bva3m8v. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. DF: República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: https://tinyurl.com/3jbw7dzt. Acesso em: 02 fev. 2024.

Brasil. *Medida Provisória nº 1.061, de 09.08.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/ye3vj2jt. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.076, de 07.12.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/2j5rdphm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.164, de 02.03.2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://tinyurl.com/25zv4sww. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.200, de 20 de dezembro de 2023*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: http://tinyurl.com/mrx9cdse. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.039, de 18.03.2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/mpdv46u6. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Demonstrativo Físico/Financeiro do Auxílio Brasil – novembro/2021*. Disponível em: https://tinyurl.com/438eujnd. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. *Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19*. Tesouro Nacional Transparente: 01.02.2023. Disponível em: https://tinyurl.com/4ewcya2z. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Mandado de Injunção (MI) 7.300. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 27.04.2021. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*: Brasília, DF, n. 167, p. 35, 23.08.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7047. Distrito Federal. Relator: Luiz Fux. 28.11.2023. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*, 19.12.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.064. Distrito Federal. Relator: Luiz Fux. 01.12.2023. *Diário de Justiça Eletrônico (DJE)*, 19.12.2023.

FIOCRUZ. *Vacinação contra a Covid-19 no Brasil completa um ano*. 18.01.2022. Disponível em: https://tinyurl.com/4huncm77. Acesso em: 09 fev. 2024.

INSTITUTO BUTANTAN. *Retrospectiva 2021:* segundo ano da pandemia é marcado pelo avanço da vacinação contra Covid-19 no Brasil. 31.12.2021. Disponível em: https://tinyurl.com/3dzxrw3f. Acesso em: 09 fev. 2024.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Políticas Sociais:* acompanhamento e análise. Brasília, DF: Ipea, 2016, nº 24.

PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana *et al*. *O Novo Regime Fiscal e suas Implicações para a Política de Assistência Social no Brasil*. Brasília, DF: Ipea, 2016. Nota Técnica nº 27.

PAIVA, Luis Henrique; BARTHOLO, Letícia; SOUZA, Pedro H. et al. *A Reformulação das Transferências de Renda no Brasil*: Simulações e Desafios. Brasília, DF: Ipea, 2021. Texto para Discussão. Publicação Preliminar.

SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social Security in Times of COVID-19 in Brazil. *In*: BECKER, Ulrich; SEEMANN, Anika (Eds.). Protecting Livelihoods – A Global Comparison of Social Law Responses to the COVID-19 Crisis. Baden-Baden: *Nomos*, 2022, p. 49-74. Disponível em: https://tinyurl.com/36eb9v7x. Acesso em: 09 fev. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 96 13/02/2025 10:04:34

SARLET, Ingo. Social Security in Brazil in Times of Crisis and Transition. *Social Law Reports No. 6/2019*. Munich: Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, 2019.

SARLET, Ingo. Social Security in Brazil: Public Pension Reform and Responses to the COVID-19 Pandemic. *Social Law Report No. 6/2021*. Munich: Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Redefinindo o apoio à renda mínima no Brasil em tempos de crise e de transição. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 75-97, jul./dez. 2024.

Recebido em: 30.04.2024
Pareceres: 23.05.2024, 05.06.2024, 09.09.2024, 10.09.2024, 12.09.2024
Aprovado em: 17.09.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 97 13/02/2025 10:04:34

POLÍTICAS PÚBLICAS E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE DAS EVIDÊNCIAS À LUZ DA LEI CONTRA A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Daniel Luciano Gevehr

Pós-Doutor em História. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT). *E-mail*: danielgevehr@faccat.br.

Ana Cristina Tomasini

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT). *E-mail*: anatomasini@sou.faccat.br.

Resumo: A violência contra a mulher possui distintas formas de expressão, sendo uma delas a violência obstétrica. O sistema jurídico brasileiro não possui uma lei federal específica sobre a violência obstétrica, apenas legislações genéricas sobre a temática. Esta forma de violência acarreta sofrimento na população do gênero feminino pelo mundo todo, desencadeando, inclusive, a mortalidade materna. O objetivo central foi analisar a percepção da experiência de parto de duzentas e quatorze mulheres. O problema de pesquisa pretende responder se a violência obstétrica é recorrente e banalizada durante o trabalho de parto. Para isso, utilizou-se a pesquisa documental e de campo com aplicação de questionário virtual às mulheres que vivenciaram a experiência de gerar vida. Verificou-se que 39% das pesquisadas foram vítimas de atos agressivos durante a assistência de parto; 7,5% confirmam ter vivenciado situações de constrangimento, recebendo apelidos, deboches ou xingamentos dentro da instituição hospitalar; e 14,5% das mulheres não foram ouvidas em suas queixas e dúvidas, percebendo a naturalização da dor por parte da equipe médica. Ouvindo as evidências, conclui-se que os atos de violência obstétrica foram recorrentes nas assistências de parto e que existe uma banalização desta forma de violência pela equipe de cuidado e atendimento à gestante/parturiente.

Palavras-chave: Políticas públicas. Violência obstétrica. Legislação brasileira.

Sumário: **1** Introdução – **2** As políticas públicas e a violência obstétrica – **3** A trajetória metodológica – **4** Ouvindo as evidências – Resultados e discussão – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A violência obstétrica é uma das formas de expressão da violência praticada contra as mulheres. Ela se apresenta como um grave ferimento dos direitos

RBDFJ51_MIOLO.indd 99 13/02/2025 10:04:34

humanos, sexuais e reprodutivos, assim como a violação da autonomia da mulher na hora do parto e posterior a ele.[1] O artigo 12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher instituiu ser de incumbência dos Estados-Partes garantir assistência apropriada às mulheres em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao nascimento do bebê.[2]

O sistema jurídico brasileiro não possui uma lei federal específica sobre a violência obstétrica, possuindo apenas uma legislação genérica estadual sobre a temática, diferentemente do que ocorre nos países como Argentina, Venezuela e México que já têm normas instituídas para o enfrentamento desta espécie de violência. O estado de Santa Catarina foi pioneiro e, com exclusividade, editou a Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017, que dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica. No Brasil, a utilização dos direitos fundamentais constitucionais, os princípios como a dignidade da pessoa humana, o código civil que trata da responsabilização por danos, o código penal tratando sobre lesão corporal e o código de direito ao consumidor suprem a lacuna legal sobre a violência obstétrica no país.[3]

A violência obstétrica pode ser um dos fatores contribuintes da mortalidade materna e infantil. De acordo com Souza,[4] a mortalidade materna se tornou um indicador de desenvolvimento social, justamente por estar inserida em um contexto maior, que é o da saúde reprodutiva. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), promovidos pela Organização das Nações Unidas, convocam o mundo para cumprir 169 metas de ação global para o alcance até 2030, de compromissos com os direitos humanos. Dentre eles, está o combate da expressiva mortalidade materna verificada a nível mundial, que, em 2015, se verificava em torno de 210 mortes de mulheres para cada 100 mil crianças nascidas vivas.[5]

---

1 PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. *Violência obstétrica, políticas públicas e legislação brasileira*. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira. Acesso em: 25 jan. 2021.

2 BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

3 SILVA, Diogo Severino Ramos da; SPACOV, Lara Vieira. Violência Obstétrica: Um olhar jurídico desta problemática no Brasil. *Derecho y Cambio Social*, n. 55, 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.55.23.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

4 SOUZA, João Paulo. A mortalidade materna e os novos objetivos de desenvolvimento sustentável (2016-2030). *Revista Brasileira Ginecologia Obstétrica*, v. 37, ed. 12, p. 549-551, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbgo/v37n12/0100-7203-rbgo-37-12-00549.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

5 SOUZA, João Paulo. A mortalidade materna e os novos objetivos de desenvolvimento sustentável (2016-2030). *Revista Brasileira Ginecologia Obstétrica*, v. 37, ed. 12, p. 549-551, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbgo/v37n12/0100-7203-rbgo-37-12-00549.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 100 13/02/2025 10:04:34

Este trabalho não busca provar que a violência obstétrica de fato acontece nas maternidades e hospitais, seja por médicos, equipe hospitalar ou mesmo por familiares. Parte-se do pressuposto de que esta violência exista, conforme sugere a literatura, e que pode ser de forma recorrente e até imperceptível. Muitas vezes, a própria parturiente não reconhece alguns atos sofridos como sendo ações de violência obstétrica e silencia diante dessas situações. Os atos da violência obstétrica podem ocorrer de forma muito sutil e silenciosa, não oportunizando a vítima, em situação de vulnerabilidade, a reagir contra algumas atitudes, causando-lhe sofrimento e muitas vezes até a morte.

O objetivo central deste texto será explorar fontes de referência teórica e bases legais sobre as políticas públicas instituídas para o enfrentamento da violência obstétrica, assim como analisar a experiência de parto de 214 (duzentas e quatorze) mulheres. Para isso, será utilizada a pesquisa documental e também a pesquisa de campo, com aplicação de questionário sem identificação de mulheres que vivenciaram a experiência de gerar uma vida. Os dados coletados serão de cunho qualitativo e quantitativo. O problema de pesquisa procurará responder se a violência obstétrica foi recorrente entre as respondentes, e se foi banalizada, por meio de brincadeiras e jargões discriminatórios, pela persuasão e ameaça às parturientes ou pela naturalização da dor.

Esta pesquisa se debruçará em cinco seções. Nesta primeira apresentou-se a introdução discorrendo sobre os objetivos e a finalidade deste estudo. Na segunda seção serão apresentadas as bases teóricas e legais, inclusive internacionalmente, referentes à violência obstétrica. A terceira seção externará a metodologia da pesquisa. Na quarta seção serão apresentados os resultados e as discussões. E, por último, virá a conclusão desta produção escrita.

2 As políticas públicas e a violência obstétrica

A violência contra a mulher possui distintas formas de expressão: a violência sexual, violência institucional, violência simbólica, violência doméstica e familiar e também, a quase invisível, violência obstétrica. As políticas públicas, destinadas a esses grupos, batalham pela construção da equidade de gênero e pela garantia da proteção social às mulheres em situação de violência. No Brasil, uma das principais bandeiras dos movimentos feministas, desde a década de 1970 até os tempos atuais, foi uma maior politização de enfrentamento aos atos de violência contra a mulher.[6]

[6] SARDENBER, Cecília M. B.; TAVARES, Márcia S. (Org.). *Violência de gênero contra mulheres suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento.* Salvador: EDUFBA, 2016. Disponível em: http://books.scielo.org/id/q7h4k/pdf/sardenberg-9788523220167.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 101 13/02/2025 10:04:34

Diversos foram os instrumentos que culminaram no avanço da defesa das mulheres e na proteção dos seus direitos, nacional e internacionalmente. A Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (1967); a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979); a Constituição da República Federativa do Brasil (1988); a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (2002); entre outros instrumentos legais, deu visibilidade às diversas formas de discriminação e violência de gênero e instituiu medidas para o enfrentamento desses inaceitáveis atos.[7]

Barsted[8] explica que as últimas quatro décadas não se destacam apenas pelo avanço das políticas de cuidado e proteção da mulher, mas também por um empoderamento da população feminina. Para a autora, os movimentos feministas, além de atuar na manutenção dos direitos formalmente já adquiridos, tendem a se mobilizar para transformar comportamentos discriminatórios, relações interpessoais ofensivas, mudar legislações, enfim, praticar efetivamente a sua cidadania. A noção de empoderamento das mulheres indica uma constante luta por uma sociedade que as respeite integralmente.

Uma das lutas que as mulheres ainda não venceram e que necessitam de empoderamento maior para combater, diz respeito à violência obstétrica, ou seja, aos abusos e maus-tratos durante e após o parto. De acordo com a Organização Mundial da Saúde,[9] no mundo todo, mulheres experimentam situações de desrespeito e negligência pelas equipes de saúde durante a gravidez e, em particular, durante o parto. Essa violação da confiança entre as parturientes e seus médicos e/ou equipe hospitalar pode causar grande sofrimento, humilhação profunda e até danos físicos às vítimas, podendo ter consequências graves para a mãe e a criança.

A violência obstétrica inclui os maus tratos psicológicos e verbais, os danos físicos, os procedimentos desnecessários durante o atendimento obstétrico e o parto, o impedimento imposto ao acompanhante da parturiente, o tratamento

7 BARSTED, Leila Linhares. O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. *In*: SARDENBERG, C. M. B.; TAVARES, M. S. *Violência de gênero contra mulheres*: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 17-40. Disponível em: http://books.scielo.org/id/q7h4k/pdf/sardenberg-9788523220167-02.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

8 BARSTED, Leila Linhares. O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. *In*: SARDENBERG, C. M. B.; TAVARES, M. S. *Violência de gênero contra mulheres*: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 17-40. Disponível em: http://books.scielo.org/id/q7h4k/pdf/sardenberg-9788523220167-02.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

9 OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. Publicado em 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3. Acesso em: 23 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 102 13/02/2025 10:04:34

agressivo ou irônico, e a desatenção quanto às dúvidas e medos das mulheres prestes a parir um filho.[10] A hora do parto é, indiscutivelmente, um momento de celebração da vida. A depender da geração vivida, o parto tende a carregar distintos significados culturais e diferentes configurações.

De acordo com Souza,[11] nas primeiras civilizações, o parto possuía um caráter íntimo e era um momento exclusivo entre mulheres. Utilizava-se o processo de transmissão de conhecimentos empíricos sobre a parturição compartilhados através dos tempos. Ao entrar em trabalho de parto, a mulher recebia auxílio de parteiras sem nenhuma assistência ou cuidados médicos, em ambiente domiciliar. Com o avanço da medicina, o ambiente domiciliar foi substituído pelo hospitalar e a intervenção masculina passou a ser permitida durante o procedimento do parto.

O parto deixa de ser um momento privado e íntimo e passa a ser vivenciado por diversas pessoas de ambos os sexos, como médicos, equipe hospitalar e familiares. Ao lado dessas transformações, algumas obrigações começam a ser disciplinadas para a hora do parto com o objetivo de torná-lo mais seguro para a mulher e a criança. A contar do ano de 2000, passa a ser introduzida a proposta de humanização da assistência do parto.[12] De acordo com as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal[13] a assistência ao nascimento deve ir além do parir e nascer, deve-se considerar os aspectos emocionais, humanos e culturais envolvidos no processo.

Em 2011, a mortalidade materna foi de 64,8 mortes para 100.000 nascidos vivos.[14] Em 2016, esse número diminuiu, sendo de 58 mortes maternas para 100.000 nascidos vivos.[15] De acordo com o Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente aquelas mulheres que tiveram assistência inadequada à saúde durante a gravidez, o parto e o puerpério foram as principais vítimas da mortalidade materna. O Brasil vem adotando ações para evitar o óbito

[10] TESSER, Charles Dalcanale *et al*. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Revista Brasileira Medicina Família Comunidade*, Rio de Janeiro, v. 1, ed. 12, 2015. Disponível em: https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716. Acesso em: 24 jan. 2021.

[11] SOUZA, Lennon Marcus da Silva. *Violência obstétrica*: noções gerais de violência obstétrica. 2018. Disponível em: https://lennonmarcus.jusbrasil.com.br/artigos/566660785/violencia-obstetrica. Acesso em: 23 jan. 2021.

[12] RATNNER, Daphne. Humanização na atenção a nascimentos e partos: ponderações sobre políticas públicas. *Interface Comunicação, Saúde, Educação*, v.13, supl. I, p. 759-768, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/icse/v13s1/a27v13s1.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

[13] MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal*. Ano de 2017. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_ assistencia_parto_normal.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

[14] IDB/BRASIL. Ministério da Saúde. IDB-2012-BRASIL. *Indicadores de mortalidade*: C.3 razão de mortalidade materna. 2012. Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/C03b.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

[15] FIOCRUZ. FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Mortalidade materna*. 2018. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/mortalidade-materna. Acesso em: 24 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 103 13/02/2025 10:04:34

materno durante a trajetória reprodutiva das mulheres e isso vem, lentamente, contribuindo para os índices de mortalidade materna diminuir. É possível verificar as principais ações para evitar o óbito materno no quadro que segue.

Quadro 1 – Ações para evitar o óbito materno na trajetória reprodutiva

Ação 1 – Qualidade da assistência na prevenção da gravidez	Ação 2 – Qualidade da assistência durante a gravidez	Ação 3 – Qualidade da assistência no parto e trabalho de parto	Ação 4 – Qualidade da assistência durante o puerpério

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com informações da Fiocruz.[16]

Nota-se que a ação de número três, qual seja, a qualidade da assistência no parto e trabalho de parto, está intimamente ligada ao enfrentamento dos atos de violência obstétrica. As estratégias para efetivar esta ação devem estar voltadas para a eliminação dos riscos e procedimentos desnecessários, a vigilância e a valorização das queixas e comorbidades das gestantes, o monitoramento adequado do trabalho de parto a todo tempo e prestar um serviço de assistência com a maior qualidade possível.[17]

Estas ações que se ocupam de combater a mortalidade materna vão ao encontro dos novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), de interesse internacional, especialmente ao ODS 3 que tem como objetivo principal assegurar vidas saudáveis e promover o bem-estar em todas as idades, apresentando como uma de suas metas (ODS 3.1) a redução da razão de mortalidade materna global. Os ODS convocam o mundo todo para um esforço de eliminação da mortalidade materna até o ano de 2030. No caso do Brasil, busca-se chegar ao ano de 2030 com não mais de 20 mortes maternas para cada 100.000 nascidos vivos. A taxa pretendida é bastante pretensiosa e necessitará assegurar ações que garantam um melhor atendimento às mulheres em estado reprodutivo.[18]

A instituição de políticas públicas brasileiras que removam a violência obstétrica da invisibilidade se constitui em uma proteção necessária para que casos de violência – antes, durante e posterior ao parto – deixem de ocorrer. Com isso, a eliminação da mortalidade materna, auferida pela meta 3.1 do ODS 3, seria mais rapidamente alcançada. Países como a Venezuela e a Argentina já editaram

[16] FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Mortalidade materna*. 2018. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/mortalidade-materna. Acesso em: 24 jan. 2021.

[17] FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Mortalidade materna*. 2018. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/mortalidade-materna. Acesso em: 24 jan. 2021.

[18] SOUZA, João Paulo. A mortalidade materna e os novos objetivos de desenvolvimento sustentável (2016-2030). *Revista Brasileira Ginecologia Obstétrica*, v. 37, ed. 12, p. 549-551, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbgo/v37n12/0100-7203-rbgo-37-12-00549.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 104 13/02/2025 10:04:34

legislações específicas que tratam sobre o enfrentamento da violência obstétrica, conceituando esta terminologia, normatizando a assistência de qualidade às parturientes e impondo penalidades aos agressores.[19]

Em 2007, a Venezuela instituiu a *Ley Orgánica sobre El Derecho de las Mujeres a uma vida libre de violencia* com o objetivo de criar condições para prevenir, atender, punir e erradicar a violência contra as mulheres em qualquer de suas manifestações e áreas.[20] No capítulo três desta Lei, mais especificadamente no *Artículo 15* são definidas as diferentes formas de violência existentes contra as mulheres venezuelanas. São arroladas dezenove espécies de violência que acarretam sofrimento e até a morte da população do gênero feminino daquele país. Dentre elas, encontra-se a violência obstétrica com a seguinte definição:

> Violencia obstétrica: Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres.[21]

Além da Venezuela, é possível encontrar proteção contra a violência obstétrica no país da Argentina. Criada em 2009, a Ley nº 26.485, de *Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los âmbitos em que desarrollen sus relaciones*, apresenta em seu Artículo 6º as modalidades de violência que atingem as mulheres argentinas. A legislação argentina identifica como modalidades de violência contra as mulheres a violência doméstica, a institucional, a laboral, aquela contra a liberdade reprodutiva, a midiática e a obstétrica. Na Argentina, a violência obstétrica é legalmente conceituada como:

---

19 PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. *Violência obstétrica, políticas públicas e legislação brasileira*. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira. Acesso em: 25 jan. 2021.

20 VENEZUELA. *Ley Orgânica sobre el Derecho de las Mujeres a uma vida libre de violencia*, de 23 de abril de 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4975290/mod_resource/content/1/LEY%20ORGANICA%20SOBRE%20EL%20DERECHO%20DE%20LAS%20MUJERES%20A%20UNA%20VIDA%20LIBRE%20DE%20VIOLENCIA%20-%20VENEZUELA.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

21 VENEZUELA. *Ley Orgânica sobre el Derecho de las Mujeres a uma vida libre de violencia*, de 23 de abril de 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4975290/mod_resource/content/1/LEY%20ORGANICA%20SOBRE%20EL%20DERECHO%20DE%20LAS%20MUJERES%20A%20UNA%20VIDA%20LIBRE%20DE%20VIOLENCIA%20-%20VENEZUELA.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 105 13/02/2025 10:04:35

> Aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los processos repreoductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.[22]

Diferentemente dos casos anteriores, no Brasil não temos uma legislação federal tratando especificamente da violência obstétrica sofrida pelas mulheres em âmbito nacional. Em 2017, o estado de Santa Catarina inaugurou o tema e instituiu lei estadual dispondo sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no estado catarinense. A Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017, no seu Artigo 2º conceitua a violência obstétrica da seguinte forma:

> Art. 2º Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério.[23]

No sistema jurídico brasileiro é possível verificar normas infraconstitucionais que tendem a suprir as lacunas relativas ao enfrentamento da violência obstétrica. A Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005[24] trata da garantia às parturientes ao direito de ter a presença de um acompanhante durante o trabalho de parto e, inclusive, no pós-parto. Já a Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007,[25] dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência e realizará o procedimento. É importante frisar que esses institutos legais têm o poder de frustrar futuros atos de violência obstétrica que poderiam ser praticados contra as mulheres grávidas ou em trabalho de parto, enfrentando, indiretamente, esta espécie de violência contra o gênero feminino.

---

22 ARGENTINA. *Ley nº 26.485, de 11 de março de 2009*. Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los âmbitos em que desarrollen sus relaciones. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0859.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

23 SANTA CATARINA. *Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_ lei.html. Acesso em: 22 jan. 2021.

24 BRASIL. *Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir as parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

25 BRASIL. *Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/l11634.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 106 13/02/2025 10:04:35

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS),[26] diversos são os atos que ferem o direito de um atendimento digno às mulheres gestantes, parturientes ou no puerpério, como: as graves violações da privacidade, a recusa de internação, o cuidado negligente durante o parto que se transforme em complicações ou situações ameaçadoras da vida da mulher ou do filho, a não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização dos procedimentos, a recusa em administrar analgésicos ou anestesia quando necessário, além da detenção de mulheres por incapacidade de pagamento, após o parto.[27]

Em que pese os atos violentos contra os direitos das gestantes e parturientes serem internacionalmente reconhecidos e repudiados, de acordo com a OMS,[28] não há um consenso sobre como medir cientificamente esses problemas e identificá-los com maior agilidade. Isso facilita a continuidade dos abusos, maus-tratos e desrespeito às mulheres em estado de gestação pelo mundo todo. Importa salientar que os atos provenientes da violência obstétrica equivalem à violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres e aos princípios que protegem a vida, internacionalmente adotados.

3 A trajetória metodológica

Com uma abordagem exploratória, através da pesquisa documental, este estudo buscou explorar fontes de referência teórica e bases legais sobre as políticas públicas instituídas para o enfrentamento da violência obstétrica. E por meio da pesquisa de campo, analisou a experiência de parto de 214 (duzentas e quatorze) mulheres que experienciaram a hora da concepção, em algum período de suas vidas. Não é objetivo deste manuscrito provar que a violência obstétrica efetivamente ocorra nas instituições hospitalares, mas sim, apresentar as evidências dessas ações relatadas pela população pesquisada.

Os dados coletados foram de cunho qualitativo e quantitativo. Câmara[29] explica que a intenção de verificar como o pesquisador considera uma experiência

[26] OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. Publicado em 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3. Acesso em: 23 jan. 2021.

[27] OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. Publicado em 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3. Acesso em: 23 jan. 2021.

[28] OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. Publicado em 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3. Acesso em: 23 jan. 2021.

[29] CÂMARA, Rosana Hoffman. Análise de conteúdo: da teoria à prática em pesquisas sociais aplicadas às organizações. *Revista Interinstitucional de Psicologia*, v. 6, ed. 2, p. 179-191, jul./dez. 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1983-82202013000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 107 13/02/2025 10:04:35

ou expõe suas ideias sobre um determinado evento são características claras das pesquisas qualitativas. Sobre a pesquisa quantitativa, Freitas e Prodanov[30] explica que é o resultado quantificável, o que pode ser traduzido em números, como opiniões ou informações classificadas, e requer o uso de recursos e técnicas estatísticas.

É importante salientar que as duas abordagens serão interligadas e complementarão os resultados uma da outra. O instrumento utilizado para a pesquisa de campo foi um questionário do *Google Forms* divulgado na rede social do *Facebook* e aplicado virtualmente entre os dias 16 a 19 de janeiro de 2021. O critério exigido para a participação na pesquisa foi que o participante fosse do gênero feminino e que já tivesse passado por gestação e trabalho de parto. Sobre a utilização do questionário virtual, Malhotra[31] ressalta a flexibilidade que este instrumento proporciona, pois virtualmente é possível controlar o tempo da coleta, garantir o anonimato do entrevistado e beneficiar-se da alta velocidade da obtenção dos dados.

O questionário foi respondido por 214 (duzentas e catorze) mulheres que optaram por participar da pesquisa. Com idades entre 19 e 73 anos. E os partos ocorridos entre 1979 até 2021, com predominância do parto cesárea ao normal. As Tabelas 1, 2 e 3 apresentam com maior clareza o universo populacional pesquisado.

Tabela 1 – Distribuição das pesquisadas segundo grupos etários

Grupo Etário	N	%
19 – 29 anos	30	14
30 – 39 anos	78	36
40 – 49 anos	63	30
50 – 59 anos	34	16
60 – 69 anos	7	3
70 – 73 anos	2	1
Total	214	100

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com as informações das respondentes.

[30] FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico*: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

[31] MALHOTRA, Narish K. *Pesquisa de marketing*: uma orientação aplicada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RBDFJ51_MIOLO.indd 108 13/02/2025 10:04:35

Tabela 2 – Distribuição dos partos realizados por décadas anuais

Período da realização dos partos	Quantidade de partos realizados	%
Década de 70	1	0,5
Década de 80	8	4
Década de 90	28	13,5
2000 a 2010	71	34
2011 a 2021	106	48
Total	214	100

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com as informações das respondentes.

Tabela 3 – Distribuição dos partos cesárea e normal

Parto Cesária		Parto Normal	
N	%	N	%
176	82	38	18

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com as informações das respondentes.

O problema de pesquisa procurou responder se a violência obstétrica foi recorrente entre as respondentes, e se ela foi, em algum momento, banalizada por meio de brincadeiras e jargões discriminatórios, pela persuasão e ameaça às parturientes ou pela naturalização da dor. Segundo Gil,[32] os problemas de uma pesquisa científica representam as questões que ainda não foram totalmente resolvidas, porém que apresentam evidências para discussão.

Para a verificação dos resultados será utilizada a análise de conteúdo proposta por Bardin.[33] De acordo com o autor, através deste processo, torna-se possível tratar a informação contida nas mensagens. A análise de conteúdo pode ser uma análise dos significados relativos aos estímulos a que o sujeito é submetido. Para isso, os resultados serão apresentados em quatro eixos temáticos: (i) Ter acompanhamento adequado; (ii) Brincadeiras e jargões discriminatórios; (iii) Ameaças e persuasão direcionada às pacientes; (iv) Naturalização da dor.

4 Ouvindo as evidências – Resultados e discussão

Esta pesquisa ouviu mais de duzentas mulheres em suas percepções de experiências vividas na hora do parto e posterior a ele. Esses resultados representam

[32] GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1991.
[33] BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

RBDFJ51_MIOLO.indd 109 13/02/2025 10:04:35

as evidências necessárias para verificar se os atos de violência obstétrica foram recorrentes entre a população pesquisada e quais deles foram mais evidenciados. A legislação estadual de Santa Catarina, instituída com a finalidade de enfrentar a violência obstétrica, será o dispositivo legal que embasará esta discussão.

4.1 Ter acompanhamento adequado

A Lei Ordinária Catarinense nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017, no seu 3º artigo, incisos IX e XXI, esclarece ser uma forma de ofensa verbal contra a gestante o impedimento de estar acompanhada por alguém da sua escolha, durante o momento do parto. Assim como obstar o livre acesso do pai do bebê, a qualquer hora do dia, para acompanhar a parturiente, tratando-o como mero visitante. Diante destas garantias legais, fizeram-se as seguintes perguntas às respondentes do questionário:

"Impediram que você fosse acompanhada por alguém da sua preferência durante o trabalho de parto?" Das 214 respostas, 38 mulheres confirmaram o impedimento de um acompanhante de sua preferência, na hora do nascimento do filho. Diante da segunda pergunta: "Ao pai do bebê foi possibilitado o livre acesso ao hospital, a qualquer hora do dia, para acompanhar você e a criança?" obteve-se o resultado de 33 mulheres denunciando que não foi estendido o direito do pai de acompanhar sua família nesse momento único que é o parto, e também em momentos posteriores a ele, durante a internação.

4.2 Brincadeiras e jargões discriminatórios

Para relacionar os tipos de tratos discriminatórios foi investigada a recorrência das brincadeiras e dos jargões corriqueiramente utilizados, principalmente pela equipe médica hospitalar, na ocasião do parto, podendo também ser praticado por familiares ou terceiros. Uma média de 7% das respondentes confirmou ter vivenciado situações de constrangimento na hora do parto, recebendo apelidos, críticas, deboches ou xingamentos pelos mais variados motivos, desde os físicos aos emocionais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 110 13/02/2025 10:04:35

Tabela 4 – Brincadeiras e jargões discriminatórios

Tratamento evidenciado	N = 214 respondentes	%
Zombeteiro (ser alvo de gozação).	16	7,5
Irônico ou recriminatório por qualquer característica física (obesidade, magreza, estrias, evacuação ou outras).	15	7
Inferiorizada e/ou incapaz, utilizando comandos e apelidos infantilizados.	14	6,6

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com as informações das respondentes.

Os incisos I, II, III e V, do artigo 3º, da Lei nº 17.097 do estado catarinense, esclarecem que as condutas de tratar a gestante de forma zombeteira, fazer graça ou recriminar a parturiente por gritar, chorar ou ter medo, ou por qualquer outra característica física, como obesidade, presença de pelos, estrias ou evacuação, ou mesmo tratá-la de forma inferiorizada utilizando comandos e nomes no diminutivo e infantilizados, são atos de violência obstétrica e necessitam ser repudiados.

4.3 Ameaças e persuasão direcionada às pacientes

Com relação a ameaças e a persuasão direcionadas às gestantes, na hora do parto ou depois dele, foi evidenciado que 39% das mulheres participantes da pesquisa foram vítimas de atos agressivos durante a assistência. A agressão verbal é considerada tão grave quanto à agressão física, visto o estado de vulnerabilidade que as mulheres se encontram quando em atendimento de parto. O inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 17.097, instituiu que qualquer forma de tratamento agressivo, que faça a gestante ou parturiente se sentir mal ou constrangida, será uma conduta tipificada como violência obstétrica.

Tabela 5 – Ameaças e persuasão direcionada às pacientes

Tratamento evidenciado	N = 214 respondentes	%
Agressivo de alguma forma.	39	18
Fizeram você acreditar que precisava de cesariana utilizando riscos hipotéticos sem comprovação.	23	11
Ser submetida a procedimentos humilhantes ou desnecessários como posições ginecológicas com portas abertas, exame de toque por mais de um profissional, entre outros.	18	8,5
Paciente e bebê serem submetidos a procedimentos realizados exclusivamente para treinar estudantes.	7	3,3

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com as informações das respondentes.

RBDFJ51_MIOLO.indd 111 13/02/2025 10:04:35

Os incisos VI, XI e XVIII do artigo 3º da Lei nº 17.097 determinam que fazer com que a gestante ou parturiente acredite precisar de uma cesariana, quando esta não se faz necessária, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados; assim como submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas, exame de toque por mais de um profissional; além de submeter a gestante e/ou bebê a procedimentos feitos exclusivamente para treinar estudantes da área da saúde são ofensas arroladas nos atos de violência obstétrica e devem ser denunciadas para que os responsáveis respondam legalmente pelas suas condutas.[34]

É fato que existem desigualdades na relação de poder entre os profissionais da saúde e as gestantes e parturientes. A utilização da autoridade técnica para consolidar os atos de violência exercidos durante o trabalho de parto ou no parto é uma conduta inaceitável, pois gera a perda da autonomia e do livre direito de a mulher decidir sobre o seu corpo ou expor suas fragilidades e dores.[35] Ser submetida a procedimentos desnecessários durante o parto é a maior prova de que o nascer se tornou um ato centrado no profissional da saúde e não na mulher e na criança, conforme deveria acontecer.

4.4 Naturalização da dor

A anulação da mulher, enquanto sujeito de direitos, é a grande responsável pela naturalização da dor na hora do trabalho de parto e no parto. Não ser ouvida em suas queixas de dores, recusar o atendimento do parto ou deixar de aplicar anestesia, mesmo a mulher requerendo e necessitando, são atos que ferem os incisos IV, VII e XII do 3º artigo da Lei nº 17.097 de proteção contra a violência obstétrica.

[34] SANTA CATARINA. *Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em: 22 jan. 2021.

[35] JARDIM, Danúbia Mariane Barbosa; MODERNA, Celina Maria. A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 26, Epub 29, nov. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php? script=sci_arttext&pid=S0104-11692018000100613&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 23 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 112 13/02/2025 10:04:35

Tabela 6 – Naturalização da dor

Tratamento evidenciado	N = 214 respondentes	%
Não ser ouvida em suas queixas e dúvidas.	31	14,5
Recusa do atendimento do parto, haja vista ser uma emergência médica.	13	6,1
Deixar de aplicar anestesia na hora do parto, mesmo você requerendo e necessitando.	15	7

Fonte: Elaborado pelos autores em consonância com as informações das respondentes.

Observa-se que 14,5% das mulheres pesquisadas revelaram não ter suas queixas e dúvidas ouvidas e atendidas enquanto internadas ou em trabalho de parto. A banalização do procedimento do parto pelos profissionais da saúde somada à posição de submissão total, muitas vezes com pernas abertas e levantadas e genitália exposta, silencia a mulher, desencorajando-a a exigir que suas queixas e dúvidas sejam prontamente atendidas.

A Lei Ordinária nº 19.097, em seu artigo 3º, aponta outras condutas tipificadas como violência obstétrica e não evidenciadas nesta coleta de dados, como: impedir a mulher de se comunicar com o mundo exterior, tirando-lhe a liberdade de telefonar, fazer uso de aparelho celular, caminhar até a sala de espera, conversar com familiares e com seu acompanhante; manter algemadas as detentas em trabalho de parto; demorar injustificadamente para acomodar a mulher no quarto após o trabalho de parto; submeter o bebê saudável a aspiração de rotina, injeções ou procedimentos na primeira hora de vida, sem que antes tenha sido colocado em contato pele a pele com a mãe e de ter tido a chance de mamar; retirar da mulher, depois do parto, o direito de ter o bebê ao seu lado e de amamentar em livre demanda, salvo se um deles, ou ambos necessitarem de cuidados especiais; não informar a mulher, com mais de vinte e cinco anos ou com mais de dois filhos sobre seu direito à realização de ligadura nas trompas gratuitamente nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS).[36]

A construção de uma assistência respeitosa e humanitária para todas as mulheres em trabalho de parto, durante o parto e no puerpério é a grande meta almejada pela literatura e pelas legislações de proteção contra a violência obstétrica. Ocorre que, para isso, faz-se necessário que todos os envolvidos assumam suas culpas e que os atos de violência praticados não sejam naturalizados e banalizados pelas instituições de atendimento à gestante e à parturiente. Os esforços

[36] SANTA CATARINA. *Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_ lei.html. Acesso em: 22 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 113 13/02/2025 10:04:35

internacionais, como a meta de eliminação da mortalidade materna, proposta pelos ODS, e as medidas de prevenção contra a violência obstétrica publicadas pela OMS são exemplos de que as experiências de maus-tratos e desrespeito na assistência do parto precisam ser urgentemente travadas no mundo todo, e inclusive, no Brasil. Isso justifica a necessidade de politizar a violência obstétrica no sistema jurídico brasileiro, a nível federal.

5 Conclusão

A síntese dos achados deste estudo permitiu evidenciar que, embora a violência obstétrica retrate a violação dos direitos humanos no nosso país, o sistema jurídico brasileiro ainda não instituiu norma federal de enfrentamento desse tipo de violência. Cabendo, hodiernamente, às leis ordinárias estaduais suprir esta lacuna legal.

Ressalta-se que, das 214 (duzentas e quatorze) mulheres respondentes desta pesquisa, aproximadamente 35% sofreu alguma ação que caracterize a violência obstétrica. Presume-se que essas condutas, que são legalmente tipificadas como ofensas verbais e físicas contra a mulher, foram recorrentes nas assistências de parto.

Paralelamente a isso, concluiu-se, que existe uma banalização desta forma de violência pela equipe de cuidado e atendimento à gestante/parturiente, fato que promove a invisibilidade da violência obstétrica e a não denunciação dessas condutas no cotidiano da assistência ao ciclo gravídico ou puerperal.

Public policies and obstetric violence: an analysis of the evidence in the light of the Law Against Obstetric Violence in the State of Santa Catarina

Abstract: Violence against women has different forms of expression, one of which is obstetric violence. The Brazilian legal system does not have a specific federal law on obstetric violence, only generic legislation on the subject. This form of violence causes suffering in the female population around the world, even triggering maternal mortality. The main objective was to analyze the perception of the childbirth experience of two hundred and fourteen women. The research problem intends to answer whether obstetric violence is recurrent and trivialized during labor. For this, documental and field research was used with the application of a virtual questionnaire to women who had the experience of generating life. It was found that 39% of those surveyed were victims of aggressive acts during childbirth care; 7.5% confirmed having experienced situations of embarrassment, receiving nicknames, mockery or cursing within the hospital; and 14.5% of the women were not heard in their complaints and doubts, perceiving the naturalization of pain by the medical team. Listening to the evidence, it is concluded that acts of obstetric violence were recurrent in childbirth care and that this form of violence is trivialized by the care and care team for pregnant/parturient women.

Keywords: Public policies. Obstetric violence. Brazilian legislation.

Summary: **1** Introduction – **2** Public policies and obstetric violence – **3** The methodological trajectory – **4** Listening to the evidence – Results and discussion – **5** Conclusion – References

RBDFJ51_MIOLO.indd 114 13/02/2025 10:04:35

Referências

ARGENTINA. *Ley nº 26.485, de 11 de março de 2009*. Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres em los âmbitos em que desarrollen sus relaciones. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0859.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

BARSTED, Leila Linhares. O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. *In*: SARDENBERG, C. M. B.; TAVARES, M. S. *Violência de gênero contra mulheres*: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 17-40. Disponível em: http://books.scielo.org/id/q7h4k/pdf/sardenberg-9788523220167-02.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir as parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/l11634.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

CÂMARA, Rosana Hoffman. Análise de conteúdo: da teoria à prática em pesquisas sociais aplicadas às organizações. *Revista Interinstitucional de Psicologia*, v. 6, ed. 2, p. 179-191, jul./dez. 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1983-82202013000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 jan. 2021.

FIOCRUZ. FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Mortalidade materna*. 2018. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/mortalidade-materna. Acesso em: 24 jan. 2021.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico*: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1991.

IDB/BRASIL. Ministério da Saúde. IDB-2012-BRASIL. *Indicadores de mortalidade*: C.3 razão de mortalidade materna. 2012. Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/ C03b.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

JARDIM, Danúbia Mariane Barbosa; MODERNA, Celina Maria. A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 26, Epub 29, nov. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692018000100613&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 23 jan. 2021.

MALHOTRA, Narish K. *Pesquisa de marketing*: uma orientação aplicada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal*. Ano de 2017. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_ assistencia_parto_normal.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual técnico pré-natal e puerpério*: atenção qualificada e humanizada. Brasília – DF, 2006. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_pre_natal_puerperio_3ed.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 115 13/02/2025 10:04:35

OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. Publicado em 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3. Acesso em: 23 jan. 2021.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. *Violência obstétrica, políticas públicas e legislação brasileira*. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira. Acesso em: 25 jan. 2021.

RATNNER, Daphne. Humanização na atenção a nascimentos e partos: ponderações sobre políticas públicas. *Interface Comunicação, Saúde, Educação*, v. 13, supLI, p. 759-768, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/icse/v13s1/a27v13s1.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

SANTA CATARINA. *Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_ lei.html. Acesso em: 22 jan.2021.

SARDENBER, Cecília M. B.; TAVARES, Márcia S. (Org.). *Violência de gênero contra mulheres suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento*. Salvador: EDUFBA, 2016. Disponível em: http://books.scielo.org/id/q7h4k/pdf/sardenberg-9788523220167.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

SILVA, Diogo Severino Ramos da; SPACOV, Lara Vieira. Violência Obstétrica: Um olhar jurídico desta problemática no Brasil. *Derecho y Cambio Social*, n. 55, 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.55.23.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

SOUZA, João Paulo. A mortalidade materna e os novos objetivos de desenvolvimento sustentável (2016-2030). *Revista Brasileira Ginecologia Obstétrica*, v. 37, ed. 12, p. 549-551, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbgo/v37n12/0100-7203-rbgo-37-12-00549.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

SOUZA, Lennon Marcus da Silva. *Violência obstétrica*: noções gerais de violência obstétrica. 2018. Disponível em: https://lennonmarcus.jusbrasil.com.br/artigos/566660785/violencia-obstetrica. Acesso em: 23 jan. 2021.

TESSER, Charles Dalcanale *et al*. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Revista Brasileira Medicina Família Comunidade*, Rio de Janeiro, v. 1, ed. 12, 2015. Disponível em: https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716. Acesso em: 24 jan. 2021.

VENEZUELA. *Ley Orgânica sobre el Derecho de las Mujeres a uma vida libre de violencia*, de 23 de abril de 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/ 4975290/mod_resource/content/1/LEY%20ORGANICA%20SOBRE%20EL%20DERECHO%20DE%20LAS%20MUJERES%20A%20UNA%20VIDA%20LIBRE%20DE%20VIOLENCIA%20-%20VENEZUELA.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GEVEHR, Daniel Luciano; TOMASINI, Ana Cristina. Políticas públicas e violência obstétrica: uma análise das evidências à luz da Lei contra a Violência Obstétrica do estado de Santa Catarina. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 99-116, jul./dez. 2024.

Recebido em: 12.04.2022
Pareceres: 27.05.2023, 29.05.2023, 24.08.2023
Aprovado em: 22.11.2023

RBDFJ51_MIOLO.indd 116 13/02/2025 10:04:35

O CONSENTIMENTO INFORMADO E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DE PACIENTES: AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA EM APLICATIVOS DE TELEMEDICINA NO MUNICÍPIO DE TERESINA, PIAUÍ, BRASIL

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima

Doutor (*summa cum laude*) em Direito Privado, Universidade de Salamanca, Espanha. Grau de Salamanca (*summa cum laude*) em Direito Privado, Universidade de Salamanca, Espanha. Bacharel em Direito (UFPI). Professor Adjunto de Direito Civil do Departamento de Ciências Jurídicas e Docente Permanente do Curso de Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. *E-mail*: efrencordao@ufpi.edu.br.

Jairo Victor Candeira Braga

Mestre em Direito, Democracia e Mudanças Institucionais (UFPI). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia do Piauí – ESA/PI OAB/PI. Bacharel em Direito (UFPI). *E-mail*: jairo.victor@ufpi.edu.br.

Resumo: Esta pesquisa tem por objeto de estudo a relação existente entre a telemedicina e o instituto do consentimento informado, previsto pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018) como base legal autorizadora do tratamento de dados pessoais sensíveis em matéria de saúde humana. Pretende elucidar se, do ponto de vista prático e normativo, o consentimento proporciona ao titular dos dados uma autodeterminação informacional adequada no contexto da assistência médica remota. O estudo adota uma abordagem qualitativa, com enfoque exploratório e descritivo, e avalia o nível de conformidade de aplicações de telemedicina utilizadas por operadoras de planos de saúde, no âmbito do município de Teresina (Piauí), em relação às diretrizes de privacidade da LGPD. Para chegar aos resultados da pesquisa, foram examinadas as configurações da política de privacidade do *website* de cada plano de saúde, bem como os termos de consentimento para o tratamento de dados pessoais submetidos à aceitação do paciente no primeiro acesso ao aplicativo de telemedicina. Os resultados obtidos evidenciam a vulnerabilidade técnica e cognitiva do paciente às políticas informacionais que regem as interfaces de telemedicina, dificultando o processo de tomada de decisão e o controle efetivo dos dados sensíveis pelo seu titular.

Palavras-chave: Relação médico-paciente. Consentimento informado. Proteção de dados. Telemedicina. Mudanças na ordem civil.

Sumário: Introdução – **1** O consentimento informado e a proteção dos direitos da personalidade no exercício da telemedicina – **2** Estudo das configurações de políticas de privacidade e termos de consentimento das operadoras de planos de saúde em Teresina, Piauí – **3** A (in)adequação de um modelo regulatório com enfoque no controle individual dos dados pessoais de saúde – Conclusão – Referências

RBDFJ51_MIOLO.indd 117 13/02/2025 10:04:35

Introdução

Inserida no grande grupo das práticas de telessaúde, a telemedicina compreende conceitualmente o exercício da medicina intermediado por tecnologias, com o objetivo de promover ações em educação, pesquisa e assistência integral em saúde. Quando direcionada ao paciente, constitui um método de cuidado à saúde que se utiliza das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) para permitir a interação médico-paciente em um ambiente digital, tendo por finalidade o diagnóstico e a prevenção de doenças, o tratamento, a reabilitação ou o monitoramento.

Apesar de ter sido regulamentada por meio da Resolução nº 1.643, de 7 de agosto de 2002,[1] a prática da telemedicina somente passou a integrar as estratégias dos serviços de saúde públicos e privados do Brasil a partir de 2020, quando o Ministério da Saúde declarou a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana provocada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2).[2] Em continuidade, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020,[3] cujo texto autorizou o uso emergencial da telemedicina enquanto perdurasse a pandemia de Covid-19, assegurados os padrões normativos e éticos do atendimento.

Consequentemente, a interação à distância aparece como alternativa aos cuidados clínicos presenciais e operacionaliza as medidas de enfrentamento da crise do novo coronavírus. Nessa perspectiva, os objetivos e princípios definidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) na Estratégia Global em Saúde Digital 2020-2025 enfatizam que os dados coletados por aplicações de telemedicina devem ser classificados como dados pessoais sensíveis, a exigir um elevado padrão de segurança e proteção.[4] Os dados em matéria de saúde humana são também reconhecidos e categorizados como sensíveis pelo art. 5º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018),[5]

1 BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Resolução CFM nº 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. *Diário Oficial da União*: seção I, Brasília, DF, p. 205, 26 ago. 2002.

2 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília: *Diário Oficial da União*, edição 24-A, seção 1-Extra, p. 1, 4 fev. 2020.

3 BRASIL. Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). *Diário Oficial da União*: seção 1, Poder Executivo, Brasília, DF, p. 1, 16 abr. 2020.

4 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Global strategy on digital health* 2020-2025. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2021. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/documents/gs4dhdaa2a9f352b0445bafbc79ca799dce4d.pdf. Acesso em: 24 abr. 2022.

5 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*: Poder Executivo, Brasília, DF, 15 ago. 2018.

RBDFJ51_MIOLO.indd 118 13/02/2025 10:04:35

e submetem-se a um rígido regramento normativo de forma a assegurar a sua confidencialidade.

Em tal conjuntura, os dispositivos de telemedicina contribuíram com a continuidade dos cuidados em saúde da população brasileira durante o curso da crise pandêmica, porém revelam vasto potencial para ocasionar danos à privacidade e à proteção de dados pessoais.[6] Sua disponibilização aos pacientes trouxe, assim, expressivo impacto regulatório, econômico e sociotécnico sobre todos os setores de saúde do país, introduzindo novos deveres jurídicos ao nível da medicina privada e das três esferas de governo.

Partindo dessas premissas, a presente investigação estuda o tratamento de dados sensíveis de saúde no contexto da telemedicina, estruturando sua abordagem em torno do consentimento informado. O relevo jurídico deste instituto reside no fato de ser uma das bases legais consagradas pela LGPD, visando à legitimação do interessado para a coleta e o uso de dados pessoais. O objetivo do estudo é definir se o consentimento resguarda os direitos da personalidade do titular-paciente, designadamente a dignidade, a privacidade e a proteção de dados, em meio ao complexo fluxo de informações da saúde digital. Essas definições destinam-se a solucionar o seguinte questionamento: em que aspecto, e com que consequências, as aplicações de suporte à telemedicina possibilitam a autodeterminação informacional do utente, no que se refere ao controle de seus dados de saúde?

Como hipótese, teoriza-se que a infraestrutura peculiar a essas tecnologias não capacita o paciente para exprimir a sua vontade de acordo com as exigências da LGPD, ou seja, de forma livre, informada, inequívoca e vinculada a uma finalidade determinada. São esses os elementos fundamentais que modelam o arranjo deste trabalho. Ele se divide em três itens e assume o perfil de uma pesquisa qualitativa, com enfoque exploratório e descritivo. Sua amplitude circunscreve-se à atuação da Saúde Suplementar e não abrange, portanto, o fluxo assistencial do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos estabelecimentos privados em regime de participação complementar.

O primeiro item concentra-se em uma breve exposição da estrutura e do perfil funcional do consentimento informado, ao tempo em que sistematiza o regime jurídico aplicável ao instituto e demarca o alcance de sua esfera de proteção no contexto da telemedicina. A segunda parte avalia os limites do consentimento do usuário em aplicativos de telemedicina integrados aos serviços de saúde da assistência suplementar. Fundamentando-se em um conjunto de indicadores de

[6] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Implementing telemedicine services during COVID-19: guiding principles and considerations for a stepwise approach*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/handle/10665/336862. Acesso em: 28 abr. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 119 13/02/2025 10:04:36

conformidade à LGPD, este estudo de caso extrai e descreve comparativamente os termos de uso de aplicativos projetados por operadoras de planos de saúde com sede no município de Teresina (Piauí, Brasil), no período de maio de 2022. A escolha teve por base a amostra de cidades da Região Integrada de Desenvolvimento (RIDE) da Grande Teresina,[7] selecionando-se o único município com população superior a 100 mil habitantes e mais de 150 estabelecimentos de saúde, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).[8]

Teresina, capital do Estado do Piauí, é uma cidade situada na região Nordeste do Brasil, na margem oriental do Rio Parnaíba. Em termos físicos, tem área territorial de 1.391.293km^2, com população residente estimada em 871.126 pessoas (2021) e densidade demográfica de 584,94 habitantes por km^2 (2010).[9] De acordo com o último levantamento do IBGE, realizado em 2009, Teresina possui 366 estabelecimentos de saúde, dos quais 284 prestam serviço na modalidade particular, 261 por plano de terceiros, 4 por intermédio de plano próprio, e 181 atendem pelo SUS.[10]

Esse substancial mercado de serviços de saúde torna-se objeto de análise à medida que reúne, em âmbito muito vasto, dados sensíveis sobre a saúde da população teresinense. Encerrando o artigo, o terceiro item analisa as vulnerabilidades observadas nas configurações das políticas de privacidade e nos termos de consentimento coordenados pelas operadoras, a fim de estabelecer uma proposta de conformidade alinhada aos preceitos da LGPD.

1 O consentimento informado e a proteção dos direitos da personalidade no exercício da telemedicina

Hoje se tende a reconhecer nos dados pessoais uma dimensão significativa da personalidade humana, diante do potencial que têm de revelar algum aspecto

[7] RIDE é uma região administrativa que abrange municípios limítrofes pertencentes a mais de uma unidade da federação, criada com o propósito de articular ações de desenvolvimento social, urbano e geoeconômico. A esse respeito, a RIDE da Grande Teresina é formada pelos municípios de Altos, Beneditinos, Coivaras, Curralinho, Demerval Lobão, José de Freitas, Lagoa Alegre, Lagoa do Piauí, Miguel Leão, Monsenhor Gil, Teresina e União, no Estado do Piauí, e pelo município de Timon, no Estado do Maranhão (CAVALCANTE, Luiz Ricardo. *Regiões Metropolitanas e Regiões Integradas de Desenvolvimento*: em busca de uma delimitação conceitual. Senado Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa/CONLEG/Senado, abr. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td273. Acesso em: 25 abr. 2022).

[8] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Portal Cidades*. Brasil, Piauí, Teresina, 2022. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pi/teresina/panorama. Acesso em: 30 maio 2022.

[9] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Cidades e Estados*. Teresina, 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pi/teresina.html. Acesso em: 30 maio 2022.

[10] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Portal Cidades*. Brasil, Piauí, Teresina, 2022. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pi/teresina/panorama. Acesso em: 30 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 120 13/02/2025 10:04:36

objetivo sobre a pessoa a quem se vinculam.[11] No ordenamento jurídico brasileiro, dado pessoal traduz a ideia de uma informação pertinente à pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I, da LGPD). Neste conceito, estão implicados os identificadores comuns, a exemplo do nome completo, idade, telefone e número de CPF, bem como os dados de geolocalização (endereço IP). Segundo Caitlin Mulholland, os dados deste tipo são considerados pela LGPD, pelo menos a princípio, informações menos vulneráveis do que os dados pessoais sensíveis, que "são qualificados como tais não só por conta de sua natureza intrinsecamente personalíssima, de forma apriorística, mas devido ao uso e finalidade que é concedido a esse dado por meio de um tratamento que pode gerar uma potencialidade discriminatória abusiva".[12]

Dados sensíveis são todas as informações vinculadas a uma pessoa natural que se refiram à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, saúde, vida sexual, genética, biometria, filiação a sindicato ou a organização religiosa, política ou filosófica (art. 5º, II, da LGPD). Além disso, algumas categorias de dados sensíveis receberam salvaguarda mais rigorosa da legislação, como é o caso dos dados concernentes à saúde. Segundo Stefano Rodotà, dados em saúde demandam uma atenção diferenciada, "porque se referem à nua condição humana, colhem a pessoa nos seus momentos de maior fragilidade, revelam a fraqueza do corpo".[13] Sob esse aspecto, profissionais de saúde coletam dados sensíveis em diversos níveis de assistência, para as mais distintas finalidades: estabelecer hipóteses diagnósticas, prevenir e tratar doenças, prescrever cuidados paliativos, realizar intervenções cirúrgicas, monitorar pacientes e promover a regulação de leitos em hospitais.

Ao conjunto ordenado de todos os documentos, sinais e imagens sobre o histórico de saúde de uma pessoa, gerados a partir da assistência a ela prestada por uma equipe multiprofissional de saúde, atribui-se o nome de prontuário do paciente. O prontuário pode ser entendido como uma unidade de registro que possibilita a continuidade do cuidado e a comunicação entre os membros da equipe de saúde. Devido à natureza sensível desses dados, os profissionais que exercem a medicina têm o dever ético e jurídico de preservar o sigilo das informações reveladas pelo utente no contexto do atendimento.[14] Estabelecidos os referenciais básicos, o estudo prossegue dedicando interesse maior à telemedicina.

---

[11] DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

[12] MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018). *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 109-124, p. 110-111.

[13] RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 248.

[14] Conforme estabelecido pelo art. 73 da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), que trata sobre o sigilo profissional: "É vedado ao médico: Art. 73. Revelar fato de que tenha

RBDFJ51_MIOLO.indd 121 13/02/2025 10:04:36

Aspectos conceituais e éticos da telemedicina permeiam o debate cultivado por estudiosos, governos e sociedades médicas pelo menos desde o início da década de 1980.[15] Diante do estrato amplo de conceitos, decidiu-se particularizar a definição consolidada pela 69ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial (World Medical Association – WMA), em Reykjavik, Islândia, em outubro de 2018, na Declaração sobre a Ética da Telemedicina (WMA Statement on the Ethics of Telemedicine):

> A telemedicina é a prática da medicina à distância, na qual intervenções, diagnósticos, decisões terapêuticas e recomendações subsequentes de tratamento são baseadas em dados do paciente, documentos e outras informações transmitidas por meio de sistemas de telecomunicação. A telemedicina pode ser realizada entre um médico e um paciente ou entre dois ou mais médicos, incluindo outros profissionais de saúde.[16]

Em suas diversas modalidades, a telemedicina pode ser prestada por meio de recursos tecnológicos digitais síncronos (*on-line*) ou assíncronos (*off-line*), dentre os quais se destacam os *websites* e aplicativos móveis, as plataformas de videoconferência, as consultas via áudio e mídias de *streaming,* e o envio de dados, mensagens e fotografias digitais ao médico para revisão posterior.[17] A telemedicina disseminou-se em proporções sem precedentes no fluxo de trabalho dos serviços de saúde a partir do primeiro trimestre de 2020, período que marca o início da pandemia de Covid-19.[18]

---

conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*: seção I, Brasília, DF, p. 90, 24 set. 2009).

15 KAPLAN, Bonnie. "Revisiting health information technology ethical, legal, and social issues and evaluation: Telehealth/telemedicine and COVID-19". *International Journal of Medical Informatics*, v. 142, nov. 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1386505620309382?via%3Dihub. Acesso em: 28 jun. 2022.

16 WORLD MEDICAL ASSOCIATION. *WMA Statement On the Ethics Of Telemedicine. Adopted by the 58th WMA General Assembly, Copenhagen, Denmark, October 2007. And amended by the 69th WMA General Assembly, Reykjavik, Iceland, October* 2018. Disponível em: https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-the-ethics-of-telemedicine/. Acesso em: 19 maio 2022.

17 FISCHER, Shira H.; ZHOU, Li. Uso de tecnologias da informação e da comunicação na área da saúde: a telessaúde em 2021. *In*: *Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR*. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos estabelecimentos de saúde brasileiros [livro eletrônico]: TIC Saúde 2021: edição COVID-19: metodologia adaptada. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021, p. 109-126. Disponível em: https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-estabelecimentos-de-saude-brasileiros-tic-saude-2021/ Acesso em: 12 abr. 2022.

18 INSTITUTE FOR HUMAN DATA SCIENCE (IQVIA). *Telehealth transformation: Moving from crisis response to population health solutions*. 2020. Disponível em: https://secure.constellation.iqvia.com/US-HCTelehealthEbookHCDive?utm_campaign=2020_HCTelehealthHCDiveStory_USCAusa_SSp&utm_source=HealthcareDive&utm_medium=display&utm_content=display-healthcaredive_promotedstory-hcs-article-telehealth_ebook-1120. Acesso em: 25 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 122 13/02/2025 10:04:36

Os primeiros casos de pneumonia provocada pela nova cepa de coronavírus foram reportados em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, Província de Hubei, na República Popular da China.[19] Esse foi o sétimo coronavírus (HCoVs) identificado em seres humanos, recebendo o nome de SARS-CoV-2. A doença causada por ele foi chamada de Covid-19.[20] Em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188/2020, a fim de declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em território brasileiro e estabelecer um plano de resposta ao evento epidemiológico, com emprego de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde.[21] Em 11 de março de 2020, devido ao agravamento da crise sanitária internacional ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2, a OMS declarou a pandemia de Covid-19.

Nesse contexto, o regime de atendimento por telemedicina foi excepcionalmente autorizado por intermédio da Portaria do Ministério da Saúde nº 467, de 20 de março de 2020. Reconhecia-se a relevância da oferta de serviços de saúde em modalidade remota, como forma de proteger os profissionais de saúde do contato com pacientes infectados, conter a propagação do vírus e evitar, assim, o colapso dos sistemas de saúde. Como resultado, a Portaria GM/MS nº 467/2020 determinou que as ações de telemedicina realizadas no âmbito do SUS, da Saúde Privada e do Setor Suplementar poderiam contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação (TIC) que garantisse a integridade, a segurança e o sigilo das informações.

Em continuidade, a Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020, autorizou a prestação de serviço de telemedicina em caráter emergencial e estatuiu, em seu art. 6º, a competência do CFM para a regulamentação da telemedicina após o término da crise epidemiológica. Esse dispositivo, em específico, foi inicialmente objeto de veto presidencial, sob a justificativa de haver inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público. Na mensagem de veto, a Presidência da República assinalou que a matéria deveria ser regulada, ao menos em termos gerais, por intermédio de lei, afastando a competência do CFM, tendo em vista que este conselho não possui poderes normativos para elaborar leis em sentido estrito.[22] Apesar disso, o art. 6º da Lei nº 13.989/2020 veio a ser promulgado em 19 de agosto de 2020.

---

19 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). *Histórico da pandemia de COVID-19*. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. Acesso em: 15 maio 2022.

20 De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), até 03 de julho de 2022, registraram-se mundialmente 545.226.550 casos confirmados de Covid-19, incluindo 6.334.728 mortes (OMS, 2022c).

21 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). *Diário Oficial da União*: seção 1-Extra, Poder Executivo, Brasília, DF, edição 24-A, p. 1, 4 fev. 2020.

22 BRASIL. Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). *Diário Oficial da União*: seção 1, Poder Executivo, Brasília, DF, p. 1, 16 abr. 2020.

RBDFJ51_MIOLO.indd 123 13/02/2025 10:04:36

Diante da declaração de encerramento da ESPIN pela Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022,[23] o CFM editou a Resolução CFM nº 2.314, de 20 de abril de 2022, norma deontológica, regulamentando a telemedicina exercida por multimeios em tecnologia.[24] Conforme enumerado no art. 5º da respectiva resolução, as modalidades de exercício da telemedicina compreendem a teleconsulta, a teleinterconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia, o telemonitoramento, a teletriagem e a teleconsultoria.

No aspecto que mais interessa ao escopo desta pesquisa, cabe destacar que o consentimento para o uso de dados pessoais na telemedicina é regido por uma conjunção de normas. A disciplina prevista pela Resolução CFM nº 2.314/2022, quanto a esse propósito, mostra-se relativamente simples. O CFM apenas exige que, no atendimento à distância, o paciente – ou seu representante legal – permita a transmissão de imagens e dados pessoais por meio de termo de consentimento livre e esclarecido, enviado por meios eletrônicos ou de gravação de leitura do texto com a concordância (art. 15, *caput*, da Resolução CFM nº 2.314/2022). Doravante determina o parágrafo único desse dispositivo que ao paciente deve ser assegurado o consentimento explícito, exigindo-se que esteja ciente não apenas sobre a possibilidade de compartilhamento de seus dados pessoais e clínicos, mas também sobre o seu direito de se opor ao tratamento das informações, exceto em hipóteses de emergência.

Prosseguindo, a LGPD, em uma perspectiva mais ampla da autodeterminação informativa do paciente, especifica numerosos deveres e diretrizes como condições de validade do consentimento informado. Põe-se em relevo que, na composição normativa da LGPD, o fluxo de dados de saúde, quer em suporte físico ou eletrônico, nem sempre terá por base legal o consentimento do paciente, uma vez que existem outras hipóteses a legitimar o tratamento desses dados sensíveis.[25] De qualquer forma, como bem esclarece Flaviana Rampazzo, "quando não se estiver diante das hipóteses de tratamento independentemente de consentimento do titular, este ato será essencial".[26]

---

[23] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2002. Declara o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revoga a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*: seção 1 – extra E, Poder Executivo, Brasília, DF, edição 75-E, p. 12, 2 abr. 2022.

[24] BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). Resolução CFM nº 2.314, de 20 de abril de 2022. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. Brasília: *Diário Oficial da União*, seção 1, edição 84, p. 227, 05 maio 2022.

[25] CAVET, Caroline Amadori; SCHULMAN, Gabriel. As violações de dados pessoais na telemedicina: tecnologia, proteção e reparação ao paciente 4.0. *In*: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 145-171.

[26] SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento no direito da saúde nos contextos de atendimento médico e de LGPD: diferenças, semelhanças e consequências no âmbito dos defeitos e da responsabilidade. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 18-46, maio/ago. 2021, p. 25. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org. Acesso em: 22 fev. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 124 13/02/2025 10:04:36

Ao longo do progresso geracional das leis de proteção de dados no direito comunitário europeu, o consentimento tem avocado para si um papel de proeminência: é o elemento fundante de uma abordagem regulatória focada no titular dos dados pessoais e no controle individual da informação.[27] De acordo com Danilo Doneda, o consentimento pode ser definido como um instrumento de tutela capaz de projetar efeitos diretamente sobre a personalidade do titular, e "compreende um poder conferido à pessoa de modificar sua própria esfera jurídica, com base na expressão de sua vontade".[28]

No direito brasileiro, esse instituto está situado entre as bases legais que legitimam o tratamento de dados pessoais sensíveis e não sensíveis. O art. 5º, inciso XII, da LGPD o identifica com uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. Quando se refere a dados pessoais sensíveis, ainda se determina que seja específico e destacado (art. 11, I, da LGPD). Conforme ressalta Bruno Bioni,[29] a LGPD adotou uma técnica legislativa baseada na adjetivação analítica do consentimento, uma vez que recebeu a influência do Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia (General Data Protection Regulation – GDPR).[30] A condição própria de legitimidade das operações que se fundamentam nessa base legal reside, portanto, na observância dos qualificadores, que ressignificam a exteriorização da vontade pelo titular.

Em primeiro plano, para que se vislumbre um consentimento livre, é indispensável que o titular dos dados pessoais possa decidir espontaneamente. Como ensina Shoshana Zuboff,[31] "exercitar o direito à privacidade produz escolha, e uma pessoa escolhe manter algo sigiloso ou compartilhá-lo. [...] A privacidade permite uma decisão sobre onde se quer estar no espectro entre sigilo e transparência em cada situação". É da essência do ato de consentir que a pessoa tenha a

[27] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

[28] DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 298.

[29] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

[30] UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 23 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). *Jornal Oficial da União Europeia*, Estrasburgo, 2016. Disponível em: https://gdpr-info.eu/. Acesso em: 30 abr. 2022.

[31] ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 17-68, p. 47.

RBDFJ51_MIOLO.indd 125 13/02/2025 10:04:36

autonomia de controlar suas informações, de exercer um ato real de vontade que esteja em acordo com seus interesses.

O segundo qualificador exige que o consentimento seja informado, pois somente com uma informação adequada o titular estará apto para exercer o controle de seus dados pessoais.[32] Assim, a LGPD alude a um processo de conhecimento que subsidia a tomada de decisão pelo titular, "em que, no caso, devem ser previamente esclarecidos em linguagem clara, precisa, apropriada e suficiente, a pertinência, a finalidade, a adequação, o tempo da coleta, o tratamento e a transmissão dos dados obtidos".[33] Com efeito, o art. 9º, *caput*, da LGPD estabelece que o titular tem o direito de obter acesso prévio e facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados pessoais, cabendo ao controlador disponibilizá-las de forma clara, adequada e ostensiva.

Adiante, tem-se que o terceiro qualificador reivindica um ato inequívoco de vontade. Isso aponta, em termos simples, para a circunstância de que o consentimento não pode ser presumido. Conforme prevê o art. 8º, *caput* e §1º, da LGPD, é oportuno que se registre o consentimento por escrito, em cláusula contratual destacada das demais, ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Sendo do controlador o ônus da prova, cabe a ele demonstrar que o consentimento foi obtido em conformidade com o que estatui a lei (art. 8º, §2º, da LGPD). Relativamente ao parâmetro da finalidade, trata-se de princípio geral da LGPD, que vincula todas as atividades de tratamento de dados pessoais a propósitos legítimos, explícitos e específicos, de regra informados ao titular. Decorre daí a impossibilidade de admitir-se o tratamento posterior realizado de forma incompatível com esses objetivos (art. 6º, I, da LGPD).

Ao lado dessas premissas, vê-se que a LGPD consagra restrições importantes quanto ao tratamento de dados sensíveis. Como se afirmou antes, se o consentimento for a hipótese cabível no contexto da atividade desenvolvida pelo controlador, deve o titular consentir de forma específica e destacada, para finalidades igualmente específicas (art. 11, I, da LGPD). Na esteira da Resolução CFM nº 2.314/2022, considera-se destacado o consentimento obtido por intermédio de "termo de concordância e autorização", ou seja, um documento autônomo, apartado de contratos, fichas, guias ou formulários médicos, cujo propósito

[32] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

[33] SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019, p. 13. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/04/Sarlet-e-Caldeira-civilistica.com-a.8.n.1.2019-1.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 126 13/02/2025 10:04:36

consiste em facilitar a compreensão e o controle do paciente sobre a coleta e o uso de seus dados.

Sendo assim, a não obtenção do consentimento acarretará a inexistência do ato e a sujeição do controlador ou do operador à: (i) execução específica de medidas extrajudiciais de contenção ou supressão do dano (arts. 31 e 50 da LGPD); (ii) tutela individual ou coletiva, com finalidade inibitória ou indenizatória, fundamentada no uso não consentido dos dados (art. 42 da LGPD); e (iii) advertência, multa simples, bloqueio dos dados pessoais, ou qualquer das outras sanções administrativas previstas no art. 52 da LGPD.[34] Ressalta-se, por fim, que os dados sobre a saúde humana são informações que sequer por consentimento podem ser tratadas de modo a produzir consequências discriminatórias ilícitas ou abusivas para o seu titular (art. 6º, IX, da LGPD).

Tendo afirmado os pressupostos do consentimento diante de um cenário sociotécnico relativamente circunscrito, o da telemedicina, as linhas desta pesquisa passam a descrever, em relevo prático, os termos de uso extraídos de aplicativos de telemedicina no município de Teresina (Piauí). Pretende-se, com a abordagem proposta, examinar como as operadoras de planos de saúde selecionadas conceberam as regras contratuais relativas ao consentimento de seus usuários nessas plataformas.

2 Estudo das configurações de políticas de privacidade e termos de consentimento das operadoras de planos de saúde em Teresina, Piauí

Nos limites deste texto, por aplicativo móvel *(mobile app)*, designa-se uma aplicação de *software* que pode ser executada por dispositivos portáteis com ou sem conectividade à *internet*, ou uma aplicação de *software web-based* que funciona por intermédio do navegador (*browser*) de um computador convencional.[35] Os aplicativos móveis podem assumir diversas formas e *designs*, mas é importante observar que eles se dividem em dois subconjuntos básicos, de acordo com a tecnologia usada para projetá-los. *Apps* nativos (*native apps*) são desenvolvidos

[34] SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento no direito da saúde nos contextos de atendimento médico e de LGPD: diferenças, semelhanças e consequências no âmbito dos defeitos e da responsabilidade. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 18-46, maio/ago. 2021. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org. Acesso em 22 abr. 2022.

[35] FOOD AND DRUG ADMINISTRATION (FDA). *Policy for Device Software functions and Mobile Medical Applications: Guidance for industry and Food and Drug Administration Staff. U.S. Department of Health and Human Services*, 2019. Disponível em: https://www.fda.gov/media/80958/download. Acesso em: 25 jun. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 127 13/02/2025 10:04:36

exclusivamente para um tipo de sistema operacional e podem ser obtidos via *download* em lojas virtuais, a exemplo da App Store e da Google Play Store. Por sua vez, *web-based apps* normalmente usam tecnologia HTML, CSS ou JavaScript, e não precisam ser instalados nos dispositivos, reduzindo custos e problemas com limite de armazenamento.[36]

Com base nessas premissas, e de acordo com o Institute for Human Data Science (IQVIA), os aplicativos de suporte à telemedicina consistem em tecnologias de Saúde Digital destinadas ao contato médico-paciente e ao cuidado clínico remoto.[37] A telemedicina praticada por aplicações permite, de um lado, que uma pessoa que precisa de cuidados em saúde interaja com um médico por meio de videoconferência em tempo real, e, do outro, que transmita dados e receba orientações acerca de diagnósticos e tratamentos. Para tanto, é necessário que o aplicativo de telemedicina seja projetado com algum nível de acesso aos recursos de *hardware* do dispositivo (câmera, microfone, *Bluetooth*, GPS).

Compreende-se que o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operam planos e seguros privados de assistência à saúde, constitui a Saúde Suplementar no Brasil. As atividades desenvolvidas pelas operadoras setoriais subordinam-se ao controle, às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instância reguladora com natureza de autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.[38]

Os dados agregados pela ANS podem ser consultados por meio do sistema ANS Tabnet, um tabulador de domínio público que permite organizar informações das bases de dados da Saúde Suplementar. Essa ferramenta foi utilizada para obter o número total de operadoras setoriais com registro ativo no município de Teresina, no ano de 2022. Em acesso ao sistema ANS Tabnet, definiu-se o assunto de interesse no menu Consultas (Operadoras/Operadoras com registro ativo). No campo Linha, selecionou-se a opção "Operadora" e, no campo Coluna, "Faixa de Beneficiários". Para o Conteúdo, foi escolhida a categoria "Todas as opções". No caso dos períodos disponíveis, considerou-se o mês/ano mais recente: março/2022. Ressalta-se que, nas caixas referentes às variáveis Razão Social,

[36] ZAMRI, Nursyamila; MOHIDEEN, Fathima Begum Syed. "The Practicality of Mobile Applications in Healthcare Administration and COVID-19 Pandemic". *The Malaysian Journal of Islamic Sciences.* Special Issue: Healthcare in Pandemic Era: "The New Norm", v. 1, p. 117-130, abr. 2021. Disponível em: https://uijournal.usim.edu.my/index.php/uij/article/view/300. Acesso em: 20 maio 2022.

[37] INSTITUTE FOR HUMAN DATA SCIENCE (IQVIA). *Digital Health Trends 2021: innovation, evidence, regulation, and adoption*. 2021. Disponível em: https://www.iqvia.com/insights/the-iqvia-institute/reports/digital-health-trends-2021. Acesso em: 20 maio 2022.

[38] BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 2000.

RBDFJ51_MIOLO.indd 128 13/02/2025 10:04:36

Modalidade, Faixa de Beneficiários e Ano do Registro, foram selecionadas todas as categorias. Para preencher o campo UF da Sede, clicou-se em "Piauí". Quanto à variável Sede na Capital, marcou-se "Sim". A data de coleta dos dados foi em 20 de maio de 2022.

Uma vez iniciado o processo de tabulação, o sistema ANS Tabnet gerou uma tabela de sete operadoras com registro ativo, conforme representado na Figura 1:

Figura 1. Operadoras com registro ativo. Todas as Operadoras. Por Faixa de Beneficiários. Segundo Operadora. Região da Sede: Nordeste. UF da Sede: Piauí. Sede na Capital: Sim. Período: Mar./2022.

Operadora	Sem Beneficiários	20.001 a 50.000 beneficiários	100.001 a 500.000 beneficiários	Total
TOTAL	3	1	3	7
337510-MEDPLAN ASSISTÊNCIA MEDICA LTDA.	0	0	1	1
353353-UNIMED TERESINA - COOPERATIVA DE TRABALHO	0	0	1	1
357511-HUMANA ASSISTÊNCIA MEDICA LTDA.	0	0	1	1
416398-HOSPITAIS E CLÍNICAS DO PIAUÍ S/S LTDA.	0	1	0	1
418013-BACCS ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA.	1	0	0	1
418692-RESOLVE ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA.	1	0	0	1
421251-BARUK ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA.	1	0	0	1

Fonte: ANS Tabnet – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

As três administradoras de benefícios foram desconsideradas na etapa subsequente da pesquisa, tendo em vista que, por força da Resolução Normativa ANS nº 515, de 29 de abril de 2022, seu estatuto jurídico não permite que executem atividades típicas da operação de planos privados de assistência à saúde.[39]

[39] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Resolução Normativa nº 515, de 29 de abril de 2022. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição 83, p. 498, 4 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 129 13/02/2025 10:04:36

Consequentemente, existem quatro operadoras de planos de saúde atuantes no município de Teresina, Piauí: 337510 – Medplan Assistência Médica Ltda.; 353353 – Unimed Teresina Cooperativa de Trabalho Médico; 357511 – Humana Assistência Médica Ltda.; e 416398 – Hospitais e Clínicas do Piauí S/S Ltda. (nome fantasia: Intermed).

Nesse estágio do estudo, para cada plano de saúde foi verificada a disponibilidade de um serviço de telemedicina, na forma de *web-based app*, por acesso ao sítio eletrônico da operadora. Depois, realizou-se a busca de aplicações móveis nativas de telemedicina disponíveis nas lojas virtuais *App Store* e *Google Play Store* (para sistemas operacionais iOS e Android, respectivamente). Esse levantamento foi feito em 22 de maio de 2022.

2.1 Unimed Teresina – Cooperativa de Trabalho Médico e Hospitais e Clínicas do Piauí S/S Ltda.

Unimed Teresina – Cooperativa de Trabalho Médico é uma operadora de plano de saúde classificada na modalidade de Cooperativa Médica, com sede na Rua São João, 1262, Centro, em Teresina, Estado do Piauí. Foi registrada na ANS em 21 de dezembro de 1998, sob o número 35335-3.[40] Fundada em 10 de março de 1983, a operadora faz parte do Sistema Unimed, a maior rede cooperada de assistência médica do país.

Hospitais e Clínicas do Piauí S/S Ltda. (Registro ANS: 41639-8) é uma operadora setorial que atua sob o nome fantasia Intermed. Está classificada na modalidade de Medicina de Grupo e tem seu endereço situado na Rua Amapá, 65, Ilhotas, em Teresina, Piauí.[41] A fundação da Intermed ocorreu em 1995. Em 2003, o Sistema Cooperado Unimed realizou a aquisição da Intermed, que veio a ser registrada na ANS em 26 de setembro de 2007. Em razão disso, as duas operadoras foram analisadas em conjunto.

Os *websites* da Unimed e da Intermed podem ser acessados, respectivamente, pelos *hiperlinks* https://www.unimedteresina.com.br/ e http://www.intermed-pi.com.br/. Suas funções podem ser assim descritas: atualização cadastral, emissão

[40] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. *Anuário 2021*: aspectos econômico-financeiros das operadoras de planos de saúde. Rio de Janeiro: ANS, 2021. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWNlMTY4YjAtMzJhYS00NjI0LWE0ZjgtZmU5ZTgzNGViYjhmIiwidCI6IjIkYmE0ODBjLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9. Acesso em: 22 maio 2022.

[41] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. *Anuário 2021*: aspectos econômico-financeiros das operadoras de planos de saúde. Rio de Janeiro: ANS, 2021. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWNlMTY4YjAtMzJhYS00NjI0LWE0ZjgtZmU5ZTgzNGViYjhmIiwidCI6IjIkYmE0ODBjLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9. Acesso em: 22 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 130 13/02/2025 10:04:36

de segunda via de boleto, marcação de consultas, central de atendimento, consulta ao guia médico, informe de pagamento para IRPF e consulta de substituição de prestadores. A análise dos *websites* demonstrou, portanto, que as operadoras setoriais não disponibilizam um serviço de telemedicina diretamente pelo *browser* do computador.

Além desse levantamento, realizou-se a busca por aplicações móveis nas lojas virtuais App Store para sistema iOS e Google Play Store para *Android*, tomando por referência a razão social ou o nome fantasia da operadora. Ao identificar o aplicativo móvel da Unimed Teresina, disponível para *download* nas duas lojas mencionadas, fez-se a instalação em um dispositivo *smartphone*, seguida pelo cadastro de CPF do usuário para completar o *login* e obter acesso às funcionalidades da aplicação. No processo de análise, houve prevalência de funções administrativas e financeiras, relacionadas à utilização dos serviços de saúde prestados pela operadora. Repetiu-se a mesma sequência de procedimentos com o aplicativo móvel da Intermed. Foram observadas as funções de guia médico, notícias, canais de atendimento, notificações, emissão de segunda via de boleto e histórico de uso dos serviços.

Em resumo, conclui-se que as operadoras Intermed e Unimed Teresina não centralizam os serviços de saúde prestados por telemedicina em um aplicativo próprio, seja de desenvolvimento interno, seja licenciado por assinatura, no formato *web-based app* ou *native mobile app*. Consequentemente, suas políticas de privacidade e termos de consentimento não foram examinados neste trabalho.

2.2 Medplan Assistência Médica Ltda. e Humana Saúde Assistência Médica Ltda.

Humana Assistência Médica Ltda. é uma operadora setorial classificada na modalidade Medicina de Grupo, com sede na Av. Frei Serafim, 2155, Centro, na cidade de Teresina, Piauí. Seu registro na ANS ocorreu em 29 de dezembro de 1998, recebendo a numeração 35751-1. De outro lado, a operadora Medplan Assistência Médica Ltda. foi registrada na ANS em 16 de dezembro de 1998, na modalidade Medicina de Grupo, sob o número 33751-0. Sua sede se localiza na Rua Eliseu Martins, 1946, Centro Norte, em Teresina, Piauí.[42] Ambas integram o grupo Athena

[42] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. *Anuário 2021*: aspectos econômico-financeiros das operadoras de planos de saúde. Rio de Janeiro: ANS, 2021. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWNlMTY4YjAtMzJhYS00NjI0LWE0ZjgtZmU5ZTgzNGViYjhmIiwidCI6IjIkYmE0ODBjLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9. Acesso em: 22 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 131 13/02/2025 10:04:36

Saúde (Athena Healthcare Holding S.A.), constituído por oito operadoras e rede própria de 11 hospitais e 57 centros médicos e prontos atendimentos.[43]

Nesta parte do estudo, duas aplicações de telemedicina foram descritas e examinadas. Observou-se disponibilidade de acesso direto via *web browser*, bem como por meio da versão móvel para *download*. O levantamento indicou que as duas operadoras compartilham a mesma política de privacidade e o mesmo termo de consentimento para o uso de dados pessoais, unificados pelo grupo Athena Saúde. Além disso, é perceptível que as interfaces dos *websites* e aplicativos móveis de telemedicina da Medplan e da Humana Saúde são quase idênticas em aspectos relativos à tipografia, à interatividade e à densidade da informação.

De início, foi acessado o *link* https://www2.humanasaude.com.br/pi/servicos/humana-saude-app/, que conduz ao *site* da operadora Humana Saúde. Entre as funcionalidades existentes, escolheu-se a opção "telemedicina". Depois, uma nova página foi exibida na tela, contendo orientações sobre o uso do serviço de telemedicina para fins de pronto atendimento 24 horas ou consulta com médico especialista. Conforme consta da página virtual, esses serviços podem ser utilizados no computador ou no celular do beneficiário. Para ter acesso à aplicação pelo *browser* de um computador convencional, o usuário deve marcar a opção "clique aqui" e preencher as informações de *login*. Se houver preferência pelo aplicativo móvel nativo, dois ícones informam que o *app* Humana Saúde Nordeste está disponível nas lojas Google Play e App Store. Ao concluir o processo de instalação, o usuário deve abrir o *app* em seu dispositivo móvel e efetuar o *login* na página inicial.

Em seu primeiro acesso, será apresentado ao beneficiário um "Anexo de Proteção de dados pessoais e Termo de consentimento para tratamento de dados pessoais". A primeira parte do instrumento, denominada "Contrato Beneficiário Plano de Saúde", compreende uma lista de conceitos, os deveres da operadora no tratamento de dados pessoais, o catálogo de direitos do paciente contratante, as condições para exercer o direito de acesso aos dados armazenados, e os requisitos para requisitar a destruição ou a anonimização dos dados. A segunda parte do instrumento, designada "Do Consentimento para Tratamento de Dados Pessoais", especifica quais dados são coletados e tratados pela operadora, as finalidades do tratamento, as hipóteses de compartilhamento, as medidas de segurança técnicas e administrativas, e o período de armazenamento dos dados pessoais.

[43] ATHENA SAÚDE. *Política de Privacidade e Proteção de Dados Athena Saúde* – Operadoras de Plano de Saúde, p. 2. Disponível em: https://www2.samp.com.br/data/files/C5/35/8A/84/7668971020CE5F776A4AF 9C2/LGPD_operadora.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 132 13/02/2025 10:04:36

Na parte inferior do anexo, existem as opções "Voltar" e "Eu aceito". De acordo com a opção selecionada, o usuário será redirecionado, respectivamente, à página inicial ou à tela de atendimento interativo. Caso forneça o consentimento, o paciente obtém acesso à página intitulada "telemedicina". Essa interface permite selecionar o serviço de agendamento de consulta com especialista e o de pronto atendimento 24 horas com médico generalista, conforme a demanda do usuário. Percebe-se, portanto, que não há possibilidade de utilizar as funcionalidades do aplicativo sem o aceite de todos os termos do referido anexo.

Outro aspecto relevante da análise diz respeito ao uso de *cookies,* tecnologias de rastreamento e coleta de dados que monitoram a navegação do usuário em *websites*.[44] No acesso ao sítio eletrônico da Humana Saúde, uma faixa na parte inferior da tela informa ao usuário que o *website* utiliza *cookies* "para garantir que você tenha a melhor experiência em nosso site", e que, ao prosseguir com a navegação, o usuário concorda com essas condições de uso. Abaixo consta um botão com as palavras "aceitar termo de privacidade" e um *link* chamado "Mostrar mais". Clicando-se nesse *link*, haverá uma caixa de texto em que a operadora se compromete a manter a privacidade dos dados pessoais coletados no desempenho de suas atividades comerciais, e fornece um *link* para *download* de sua política de privacidade e proteção de dados. No rodapé da caixa, o usuário poderá escolher entre as opções "aceitar termo de privacidade" e "rejeitar termo de privacidade".

Esses elementos visuais são frequentemente referidos como *cookie banners*, e consistem em caixas ou faixas de texto que informam os usuários sobre a utilização de *cookies* pelo *website* e por terceiros associados (*third parties*).[45] Em que pese haver a solicitação de consentimento prévio do usuário para a coleta de seus dados pessoais, não há informações de fácil acesso sobre que tipos de *cookies* e outras tecnologias de rastreamento são empregados. O *site* tampouco permite a modulação de preferências de *cookies* pelo consumidor em saúde, devendo o usuário aceitar todos indistintamente.

Seguindo o percurso de navegação do *website* da Humana Saúde, o usuário pode clicar diretamente no *link* "Política de Privacidade", localizado na parte inferior da tela junto ao informe sobre o uso de *cookies*. Quando se escolhe essa opção, a página seguinte descreve em que consiste a política de privacidade do

[44] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

[45] DEGELING, Martin *et al.* "We value your privacy…now take some cookies: Measuring the GDPR's impact on web privacy. 26th Annual Network and Distributed System Security Symposium", NDSS 2019. San Diego, California: *The Internet Society*, february 24-27, 2019. Disponível em: https://www.ndss-symposium.org/wp-content/uploads/2019/02/ndss2019_04B-2_Degeling_paper.pdf. Acesso em: 26 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 133 13/02/2025 10:04:37

grupo Athena Saúde e apresenta o *link* de *download* do arquivo em formato PDF. Trata-se de um documento de sete páginas, designado "Política de Privacidade e Proteção de Dados Athena Saúde – Operadoras de Plano de Saúde", aplicando-se ao tratamento de dados pessoais de beneficiários e dependentes, bem como aos usuários dos *websites* e aplicativos das operadoras do grupo Athena Saúde.

Posteriormente, repetiu-se o processo de análise com a operadora Medplan, cujo *site* pode ser acessado pelo *link* https://www2.medplan.com.br/. Conforme referido, o *design* de sua interface é semelhante ao da operadora Humana Saúde, e não foram observadas diferenças substanciais na interatividade dos *websites* ou dos aplicativos móveis. Em face dessas considerações, o estudo comparativo aqui realizado refere-se às duas operadoras de planos de saúde. Para a verificação de conformidade da política de privacidade e do termo de consentimento às diretrizes da LGPD, são considerados cinco indicadores: a) base legal para tratamento; b) dados coletados; c) forma do consentimento; d) finalidades; e) possibilidade de revogação do consentimento.

Em referência ao primeiro indicador, foram observadas cinco bases legais na política de privacidade, a saber: (i) consentimento expresso do paciente ou autorização de seu representante legal; (ii) interesse legítimo das operadoras do grupo Athena Saúde; (iii) cumprimento de obrigações legais e regulatórias pela operadora; (iv) exercício regular de direitos de qualquer operadora do grupo Athena Saúde em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; e (v) execução do contrato de plano de saúde. Ao mesmo tempo, o item 1.5 do termo de consentimento do grupo Athena Saúde prevê que, em hipóteses de emergência médica, a operadora não está obrigada a obter a autorização dos pais ou responsáveis antes de prestar socorro ao paciente, pois o direito à vida tem prevalência sobre o direito à privacidade nesse caso. Vislumbra-se aqui uma sexta hipótese de tratamento: (vi) proteção da vida ou incolumidade física do paciente.

No que se refere aos dados coletados, a terceira cláusula da política de privacidade informa que as operadoras coletam dados pessoais de beneficiários e dependentes, incluindo dados de cadastro, informações financeiras, declaração pessoal de saúde e Cartão Nacional de Saúde. Coletam-se igualmente dados de navegação, registros de acesso e demais informações automatizadas, tais como protocolo de internet (IP), tipo de navegador, páginas visualizadas e localização geográfica. Examinando o termo de consentimento, verificou-se a possibilidade de obter e tratar os seguintes dados pessoais: (i) nome completo e data de nascimento; (ii) número e imagem de RG, CPF e CNH; (iii) fotografia 3x4; (iv) estado civil e nível de instrução ou escolaridade; (v) números de telefone, WhatsApp e endereços de *e-mail*; (vi) banco, agência e número de contas bancárias; (vii) bandeira, número, validade e código de cartões de crédito; (viii) nome de usuário e senha

RBDFJ51_MIOLO.indd 134 13/02/2025 10:04:37

específicos para uso dos serviços da operadora; (ix) comunicação, verbal e escrita, mantida entre o usuário e a operadora; (x) quantidade e tipo de procedimentos utilizados; e (xi) informações relativas a prescrições médicas e doenças preexistentes à celebração do contrato.

Quanto à forma do consentimento, nota-se que a manifestação de vontade do titular é tomada por clique em botão de aceite eletrônico. No *website* das operadoras, o usuário consente a coleta de seus dados e o uso de tecnologias de rastreamento (*cookies*) clicando em "aceitar termo de privacidade", na página inicial. Como visto anteriormente, existe a possibilidade de recusar os termos da política de privacidade da operadora, mas essa opção não é apresentada de imediato ao usuário do *website*, apenas se for selecionado o *link* "mostrar mais". Por outro lado, no termo de consentimento para tratamento de dados pessoais, o paciente deve clicar em "eu aceito" para assentir. Se não estiver de acordo com as cláusulas desse termo, o usuário estará limitado a retornar para a tela inicial ou, a despeito de sua discordância, aceitar as condições a fim de ter acesso aos serviços de telemedicina.

Com relação à finalidade, coletam-se os dados pessoais razoavelmente necessários para que a operadora: (i) forneça, gerencie e divulgue produtos, serviços, ofertas, programas, eventos e promoções ao consumidor; (ii) atenda aos interesses legítimos das empresas do grupo Athena Saúde; (iii) gerencie suas comunicações, visando otimizar a publicidade, facilitar a funcionalidade de recursos digitais, realizar atividades de análise em *due diligence*, contabilidade, auditoria, faturamento, reconciliação e cobrança; (iv) elabore e forneça relatórios de dados anonimizados; (v) cumpra obrigações legais ou regulatórias; (vi) exerça direitos da Athena Saúde em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; e (vii) desempenhe outras finalidades mediante aviso específico no momento da coleta.

Considerando-se o termo de consentimento, foram identificadas mais oito finalidades, permitindo que a operadora: (i) entre em contato com o paciente para fins de relacionamento comercial; (ii) elabore contratos e emita cobranças contra o consumidor; (iii) envie ou forneça ao paciente seus produtos, serviços e benefícios advindos de convênio ou contrato com terceiros; (iv) estruture, teste, promova e faça propaganda de produtos e serviços, personalizados ou não ao perfil do consumidor; (v) realize consultas sobre o contratante em cartórios judiciais, ofício de notas, registro de imóveis e cadastros de restrição ao crédito; (vi) realize a auditoria dos terceiros contratados para prestar serviços ao paciente; (vii) analise a cobertura do procedimento objeto da solicitação do consumidor em saúde; e (viii) preste os serviços de assistência à saúde por intermédio dos seus serviços médicos, hospitalares e laboratoriais próprios ou contratados.

Concluindo, avaliou-se a possibilidade de revogação do consentimento. Na prática, a revogação implica que os dados pessoais obtidos por consentimento do

RBDFJ51_MIOLO.indd 135 13/02/2025 10:04:37

paciente devem ser eliminados da base de dados da operadora, exceto se o tratamento dessas informações estiver fundamentado em outra base legal. Note-se que a política de privacidade da Athena Saúde dispõe, em sua cláusula décima, item "g", que o consumidor pode revogar o consentimento a qualquer instante, por meio de manifestação gratuita e facilitada. No entanto, segundo o item "e" da mesma cláusula, as empresas do grupo Athena Saúde reservam-se o direito de armazenar dados necessários para proteger seus legítimos interesses e comprovar o cumprimento de obrigações legais ou contratuais.

3 A (in)adequação de um modelo regulatório com enfoque no controle individual dos dados pessoais de saúde

Fundamentalmente, políticas de privacidade são catálogos de regras internas que "projetam a relação entre os titulares dos dados pessoais e os controladores desses dados, e especificam as diretrizes de gestão informacional da empresa. Moldam os requisitos legais e éticos que uma entidade impõe a si mesma ao coletar, usar e compartilhar dados".[46] Em tese, a formulação das políticas de privacidade encerra em si uma finalidade responsiva: suas cláusulas materializam os deveres informativos previstos no art. 9º da LGPD, a fim de que sejam comunicadas ao titular as informações sobre o tratamento de seus dados pessoais.

Conforme se referiu, esses conteúdos têm tal importância prática que a LGPD comina nulidade ao consentimento obtido com base em informações enganosas ou abusivas, ou que não tenham sido prestadas com transparência, de forma clara e inequívoca (art. 9º, §1º). Ademais, quando o tratamento de dados tiver por base o consentimento do titular, a LGPD exige que este seja tomado por escrito ou por outro meio que comprove a manifestação de vontade (art. 8º, *caput*). Nesse contexto, "o ideal deve ser a separação, com um termo de consentimento específico e apartado, para que o usuário tenha a possibilidade de modular o seu consentimento, o que demandará uma atividade deliberativa mais personalizada".[47] Assim, o tratamento de dados eventualmente resultante dessas relações contratuais estaria circunscrito às preferências do usuário, sobretudo no que se refere às finalidades admitidas como legítimas.

[46] BASSAN, Sharon. "Data Privacy Considerations for Telehealth Consumers amid COVID-19". *Journal of Law and the Biosciences,* Oxford, v. 7, n. 1, jan./jun. 2020, p. 7. Disponível em: https://academic.oup.com/jlb/article/7/1/lsaa075/5905251. Acesso em: 26 abr. 2022.

[47] SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento no direito da saúde nos contextos de atendimento médico e de LGPD: diferenças, semelhanças e consequências no âmbito dos defeitos e da responsabilidade. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 18-46, maio/ago. 2021, p. 26. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org. Acesso em: 22 fev. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 136 13/02/2025 10:04:37

Contudo, se em princípio o equacionamento normativo da proteção de dados preconiza um controle substantivo por parte do titular, Bruno Bioni aponta que a dinâmica dos contratos de adesão acaba por suprimir qualquer perspectiva de controle individual, já que as cláusulas da política de privacidade, que dimensionam o fluxo dos dados na plataforma, são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor dos serviços.[48] Sua própria configuração restringe as escolhas do usuário aos limites de uma racionalidade binária, ou seja, de aceitar ou rejeitar todos os termos de uso, e o fato de o usuário ter escolhido uma dessas opções específicas nada tem de semelhante com a autodeterminação informacional teorizada pela LGPD. De maneira análoga, porém mais intrusiva, certos *websites* trazem em sua interface um mecanismo de consentimento implícito, denominado *AutoAccept*, e presumem que os usuários concordam automaticamente com o uso de *cookies,* se continuarem a utilizar o *website*.[49] Em casos dessa ordem, está-se diante de um consentimento inválido, posto que destituído de qualquer evidência concreta de vontade.

Dito isso, sustenta-se que existe uma convergência entre mecanismos de mitigação do consentimento e vulnerabilidades técnicas e cognitivas que implicam um controle menos concreto dos dados pessoais. Pode-se qualificar de cognitiva a vulnerabilidade que representa um problema de linguagem, capaz de afetar a compreensão do usuário quanto ao conteúdo semântico do *website* ou aplicativo. Nesse contexto, um estudo recente conduzido por pesquisadoras das Universidades de Wellesley e Pomona, Estados Unidos,[50] avaliou o grau de compreensão dos usuários quanto aos termos técnicos empregados em políticas de privacidade em língua inglesa. Seu objetivo era identificar os equívocos mais comuns na interpretação desses instrumentos.

Na fase principal do estudo, 1.159 pessoas responderam a um questionário em que deveriam conceituar individualmente 20 termos técnicos, tais como *data use policy, persistent cookie*, *device fingerprinting*, *browser storage, end-to-end encryption* e *cryptographic hash*. Ao comparar os resultados, constatou-se que os entrevistados definiram, em média, 39,57% dos termos técnicos corretamente, 49,01% incorretamente, e não souberam responder 11,41% dos itens. Além disso,

[48] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

[49] DEGELING, Martin *et al.* "We value your privacy…now take some cookies: Measuring the GDPR's impact on web privacy. 26th Annual Network and Distributed System Security Symposium", NDSS 2019. San Diego, California: *The Internet Society,* fev. 2019. Disponível em: https://www.ndss-symposium.org/wp-content/uploads/2019/02/ndss2019_04B-2_Degeling_paper.pdf. Acesso em: 26 maio 2022.

[50] TANG, Jenny *et al.* "Defining Privacy: How users interpret technical terms in privacy policies". *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, v. 2021, n. 3, p. 70-94, 2021. Disponível em: https://sciendo.com/it/article/10.2478/popets-2021-0038. Acesso em: 29 jun. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 137 13/02/2025 10:04:37

15 dos 20 conceitos só foram definidos com acurácia por menos da metade dos participantes do estudo. De acordo com as pesquisadoras, embora o uso de linguagem técnica seja razoavelmente necessário para manter a exequibilidade dos atos normativos, deve-se equilibrá-lo com o dever de transparência e o consentimento informado.[51]

Em contraposição, vulnerabilidades técnicas referem-se à própria interatividade da plataforma. Segundo Bruno Bioni,[52] a assimetria de forças que vulnera o titular de dados se constitui, entre outros fatores, a partir de uma debilidade informacional, isto é, a ausência de conhecimento sobre o funcionamento da tecnologia. Ressalte-se que, no mundo desmaterializado dos registros eletrônicos, a obtenção do consentimento pressupõe a funcionalidade da tecnologia em que se estabelece o contato dialógico entre os sujeitos da relação contratual. Por consequência, os recursos (*features*) incorporados ao *design* do *site* ou aplicativo afetam virtualmente a autonomia do indivíduo, à medida que ampliam ou restringem as possibilidades de escolha de quem interage com sua interface.

É sob essa perspectiva que os resultados da pesquisa passam a ser discutidos. O ponto fundamental está em reconhecer que os aplicativos de suporte à telemedicina podem estruturar seus respectivos termos de consentimento e políticas de privacidade em uma linguagem pouco compreensível para seus usuários, ou inseri-los em interfaces complexas e não intuitivas, dificultando o processo de tomada de decisão.

Ao analisar o indicador *base legal*, percebeu-se que cinco hipóteses previstas na política do grupo Athena Saúde independem do consentimento do paciente: interesse legítimo, cumprimento de obrigação legal ou regulatória, exercício regular de direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais, execução de contrato e proteção da vida ou da incolumidade física. Deve-se notar, ainda, que a LGPD faz uma distinção importante entre as hipóteses de tratamento de dados pessoais (art. 7º) e aquelas que fundamentam operações com dados pessoais sensíveis (art. 11). A pertinência de uma base legal, no caso concreto, é definida pela natureza da informação que se pretende submeter a tratamento.

Ilustrativamente, dados em matéria de saúde humana não podem ser tratados com base no legítimo interesse do controlador ou de terceiro (art. 7º, IX, da LGPD), não apenas pela generalidade ou imprecisão dessa base legal, conceitualmente

[51] TANG, Jenny *et al*. "Defining Privacy: How users interpret technical terms in privacy policies". *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, v. 2021, n. 3, p.70-94, 2021. Disponível em: https://sciendo.com/it/article/10.2478/popets-2021-0038. Acesso em: 29 jun. 2022.

[52] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

RBDFJ51_MIOLO.indd 138 13/02/2025 10:04:37

incompatível com dados sensíveis, mas também por ausência de disposição legal autorizadora, tendo em vista que essa hipótese não está prevista no art. 11 da LGPD. Logo, embora o legítimo interesse figure entre as hipóteses da política de privacidade do grupo Athena Saúde, sob nenhuma circunstância poderá dele resultar qualquer tratamento que revele dados sensíveis sobre a saúde do paciente.

De maneira distinta, as outras quatro hipóteses que dispensam o consentimento encontram-se previstas, simultaneamente, no art. 7º e no art. 11 da LGPD. Partindo da documentação analisada, é certo que a hipótese da execução de contrato (art. 7º, V, e art. 11, II, "d", da LGPD) perpassa a finalidade primária das operadoras setoriais, que abrange o "estabelecimento de vínculo contratual, ou a gestão, administração, prestação, ampliação e aprimoramento dos serviços prestados".[53] É igualmente possível que dados pessoais e dados sensíveis sejam tratados para o atendimento de diretrizes contábeis, deveres de guarda dos prontuários, e notificações compulsórias de doenças, o que deverá ocorrer independentemente da aquiescência do paciente.[54] Com efeito, esses exemplos estão contidos na hipótese de cumprimento de obrigação legal ou regulatória (art. 7º, II, e art. 11, II, "a", da LGPD).

No que concerne ao exercício regular de direitos (art. 7º, VI, e art. 11, II, "d", da LGPD), hipótese enunciada na quarta e na quinta cláusula da política de privacidade, torna-se evidente que as operadoras Medplan e Humana Saúde podem, na defesa de seus interesses e direitos, utilizar informações de seus beneficiários em ações judiciais e processos administrativos ou arbitrais. Contudo, o texto vago dessas cláusulas deixa margem para interpretações potencialmente abusivas, convertendo-se em uma permissão genérica para que as operadoras compartilhem quaisquer registros existentes em suas bases de dados com autoridades, entidades governamentais ou terceiros. Evidencia-se, assim, a necessidade de formular limites objetivos ao tratamento de dados no âmbito dessa base legal.

Por último, tem-se a proteção da vida ou incolumidade física do titular (art. 7º, VII, e art. 11, II, "e", da LGPD), uma base legal que assume significado em situações de urgência e emergência médica, nas quais a operadora não está obrigada a obter a autorização dos pais ou responsáveis antes de prestar socorro ao paciente (item 1.5 do termo de aceite do grupo Athena Saúde). A partir desse

[53] ATHENA SAÚDE. *Política de Privacidade e Proteção de Dados Athena Saúde* – Operadoras de Plano de Saúde, p. 2. Disponível em: https://www2.samp.com.br/data/files/C5/35/8A/84/7668971020CE5F776A4AF9C2 /LGPD_operadora.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

[54] SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento no direito da saúde nos contextos de atendimento médico e de LGPD: diferenças, semelhanças e consequências no âmbito dos defeitos e da responsabilidade. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 18-46, maio/ago. 2021, p. 26. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org. Acesso em: 22 fev. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 139 13/02/2025 10:04:37

momento, o uso da informação identificada em saúde pressupõe uma finalidade – terapêutica, diagnóstica, cirúrgica, paliativa. O término do atendimento médico assinala a satisfação dessa finalidade e, consequentemente, determina o fim do período de tratamento dos dados pessoais do paciente com base na proteção da vida ou incolumidade física. Em suma, superados os motivos de fundo da urgência ou emergência, seria razoável dizer de outra hipótese para fundamentar as atividades da operadora. Porém, não existe qualquer cláusula na política de privacidade ou no termo de consentimento do grupo Athena Saúde a respeito do tema.

Ao examinar o segundo indicador (*dados coletados*), observou-se que o usuário do aplicativo móvel, quando aceita as cláusulas do "Anexo de proteção de dados pessoais", consente a coleta e o processamento de ampla coletânea de dados. Em princípio, essas informações não se mostram excessivas ou desproporcionais, pois pertinentes às finalidades legítimas das operadoras. Com relação à *forma do consentimento*, na interface do aplicativo de telemedicina há uma ação básica definida no botão "eu aceito", posicionado na parte inferior do "Anexo de proteção de dados". Pressionando esse elemento interativo, o usuário ativa uma nova funcionalidade do sistema, a tela de atendimento médico *on-line*. Recorde-se que, no primeiro acesso ao *website* das operadoras, o titular também consente a coleta de seus dados pessoais e o uso de *cookies* simplesmente clicando em "aceitar termo de privacidade".

Mais uma vez: o consentimento do paciente aparece implicado em um mecanismo de *extração* demasiadamente simples. Basta um clique para aceitar o amálgama de finalidades apresentado pelas operadoras. Porém, conforme o Conselho Europeu de Proteção de Dados, "quando o tratamento de dados é feito na persecução de várias finalidades, a solução para cumprir as condições do consentimento válido reside na granularidade, ou seja, a separação destas finalidades e a obtenção do consentimento para cada finalidade".[55] A granularidade permite, nessa lógica, organizar finalidades em hierarquia ou caixas de verificação (*checkbox*), bem como conferir ao usuário mais controle sobre os *cookies*, adequando-se à exigência da LGPD de que o consentimento seja emitido para propósitos específicos.[56]

[55] EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679.* Version 1.1, maio 2020. P. 12. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edp b_guidelines_202005 _consent_en.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

[56] DEGELING, Martin *et al.* "We value your privacy…now take some cookies: Measuring the GDPR's impact on web privacy. 26th Annual Network and Distributed System Security Symposium", NDSS 2019. San Diego, California: *The Internet Society,* fev. 2019. Disponível em: https://www.ndss-symposium.org/wp-content/uploads/2019/02/ndss2019_04B-2_Degeling_paper.pdf. Acesso em: 26 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 140 13/02/2025 10:04:37

Ao lado disso, tanto o *website* da Medplan quanto o da Humana Saúde informam ao beneficiário que "ao continuar navegando neste *site*, você concorda com o uso de *cookies*". Como se demonstrou, o consentimento obtido por intermédio de *AutoAccept* é nulo, devido à impossibilidade de demonstrar a manifestação de vontade do usuário, quando se estiver diante de um ato presumido. Nesse aspecto, o art. 8º, §3º, da LGPD veda o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

Por fim, depreende-se que a cláusula décima, item "e", da política de privacidade vulnera o direito do paciente de obter a eliminação dos dados pessoais tratados com base no consentimento (direito previsto no art. 18, VI, da LGPD). O beneficiário, diz a referida cláusula, poderá ter seus dados pessoais excluídos dos registros da operadora, mediante requerimento, exceto se tais informações forem necessárias para cumprir obrigações legais e contratuais, para proteção do legítimo interesse do controlador e nas demais hipóteses admitidas em lei. De fato, o art. 16, I, da LGPD permite a conservação dos dados pessoais, mesmo após o término do tratamento, para cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Os dados também podem ser conservados para uso exclusivo do controlador, desde que anonimizados (art. 16, IV, da LGPD).

Entretanto, da cláusula décima pode resultar que todos – ou alguns – dados pessoais do paciente sejam mantidos, indefinidamente, sob a guarda da operadora, ante a justificativa do legítimo interesse. Não é adequado utilizar retrospectivamente a base de legítimo interesse, se o consentimento for a hipótese originária escolhida pelo controlador para a coleta dos dados pessoais.[57] A redação genérica dessa cláusula tampouco esclarece quais dados seriam conservados com base no legítimo interesse, hipótese incompatível, reitere-se, com os dados sensíveis em saúde. Para fins de conformidade à LGPD, portanto, o texto da cláusula décima teria de ser retificado.

Na imagem que surge dessas descrições, parece muito improvável que o paciente consiga exercer controle sobre o fluxo de seus dados pessoais por meio do consentimento. De um lado, longas políticas de privacidade dificultam a compreensão e falham em estabelecer uma comunicação adequada com os titulares.[58] De outro, a interatividade restrita das interfaces sugere que os aplicativos de telemedicina foram deliberadamente projetados para limitar a autodeterminação

[57] EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679.* Version 1.1, maio 2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202 005_ consent_en.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

[58] BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

RBDFJ51_MIOLO.indd 141 13/02/2025 10:04:37

informativa dos usuários. Sendo assim, retoma-se e confirma-se a hipótese que permeia este estudo: os aplicativos de suporte à telemedicina não oferecem o instrumental necessário para que os pacientes expressem seu consentimento em conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais.

Conclusão

Ao tentar compreender visões normativas e tecnológicas sobre a telemedicina, este estudo abordou vulnerabilidades que afetam, condicionam ou invalidam o consentimento informado do paciente, em *websites* e aplicativos móveis de assistência à saúde. Nos limites da pesquisa, consentimento concerne ao elemento volitivo, emitido de forma voluntária e esclarecida por uma pessoa natural, que assente ao uso de seus dados pessoais para finalidades legítimas. Nesse sentido, foi questionado se os aplicativos de telemedicina asseguram a autodeterminação informativa dos pacientes, ou seja, se tornam possível o controle individual do fluxo de dados. Levantou-se, assim, a hipótese de que a infraestrutura dessas tecnologias não capacita o paciente para consentir de forma qualificada. Para tanto, estudou-se o regime jurídico do consentimento informado, descrevendo sua estrutura, seus efeitos e o significado dos qualificadores, com fundamento na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e na Resolução CFM nº 2.314/2022.

Partindo desse enfoque teórico, e mediante consulta ao sistema de tabulação de dados da ANS, foram selecionadas quatro operadoras de planos de saúde com registro ativo no município de Teresina (Piauí, Brasil). Em sequência, foi realizada a busca de *websites* e aplicativos móveis de telemedicina, verificando-se que apenas as operadoras Medplan e Humana Saúde possuem aplicações próprias de telemedicina. Depois, realizou-se a análise de suas respectivas políticas de privacidade e termos de consentimento. Particularmente quanto à base legal do tratamento, buscou-se identificar se o consentimento constitui uma das bases utilizadas pelas operadoras para fundamentar suas atividades, em quais hipóteses esse consentimento deve ser obtido do beneficiário do serviço de saúde, quando pode ser revogado, e as consequências da eventual revogação.

Finalmente, os resultados do levantamento prático indicaram a presença de vulnerabilidades técnicas e cognitivas, decorrentes da interatividade limitada dos aplicativos e de inconsistências nas políticas de privacidade. Com efeito, observou-se que os principais problemas estavam relacionados às bases legais e à forma do consentimento. De forma prospectiva, apresentou-se uma proposta de conformidade à LGPD, assinalando alterações pontuais ou mais abrangentes que as operadoras poderiam implementar em seus aplicativos e políticas de privacidade, sobretudo no que se refere à granularidade do consentimento.

RBDFJ51_MIOLO.indd 142 13/02/2025 10:04:37

Informed consent and the protection of patients' personal data: informational self-determination in telemedicine apps in the municipality of Teresina, Piauí, Brazil

Abstract: The objective of this research is to investigate the relation between the practice of telemedicine and the institute of informed consent, defined by the General Data Protection Law (LGPD - Law No. 13,709/2018) as one of the legal bases authorizing the processing of personal health data. Here we aim to understand, from a practical and normative point of view, whether the consent of the data subject ensures informational self-determination in the context of remote health care. Through an exploratory and descriptive study, of qualitative approach, we evaluated the compliance level of telemedicine applications used by health plan operators, within the municipality of Teresina (Piauí), in relation to the privacy guidelines of the LGPD. To obtain the survey results, we examined the privacy policy settings on each health plan's website, as well as the consent forms for personal data processing submitted for patient acceptance upon first access to the telemedicine application. Finally, the results obtained demonstrated the patient's technical and cognitive vulnerability to the informational policies that govern telemedicine interfaces, thus hindering the decision-making process and the effective control of sensitive data by its subject.

Keywords: Patient-physician relationship. Informed consent. Data protection. Telemedicine. Changes in Private Law.

Summary: Introduction – **1** Informed consent and the protection of personality rights in telemedicine – **2** A study of the configurations of privacy policies and consent forms of health insurance operators in Teresina, Piauí – **3** The (in)adequacy of a regulatory model focusing on individual control of personal health data – Conclusion – References

Referências

ATHENA SAÚDE. *Política de Privacidade e Proteção de Dados Athena Saúde* – Operadoras de Plano de Saúde, p. 2. Disponível em: https://www2.samp.com.br/data/files/C5/35/8A/84/7668971020CE5F776A4AF9C2/LGPD_operadora.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

BASSAN, Sharon. "Data Privacy Considerations for Telehealth Consumers amid COVID-19*". Journal of Law and the Biosciences,* Oxford, v. 7, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: https://academic.oup.com/jlb/article/7/1/lsaa075/5905251. Acesso em: 26 abr. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. Consentimento e a (re)avaliação de seu papel normativo na proteção de dados pessoais. *In:* BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 133-267.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. *ANS TABNET*: Informações em Saúde Suplementar, 2022. Disponível em: http://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/dh?dados/tabnet_pl.def. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. *Anuário 2021*: aspectos econômico-financeiros das operadoras de planos de saúde. Rio de Janeiro: ANS, 2021. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWNlMTY4YjAtMzJhYS00NjI0LWE0ZjgtZmU5ZTgzNGViYjhmIiwidCI6IjIkYmE0ODBjLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Resolução Normativa nº 515, de 29 de abril de 2022. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição 83, p. 498, 4 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 143 13/02/2025 10:04:37

BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Resolução CFM nº 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. *Diário Oficial da União*: seção I, Brasília, DF, p. 205, 26 ago. 2002.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*: seção I, Brasília, DF, p. 90, 24 set. 2009.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Resolução CFM nº 2.314, de 20 de abril de 2022. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição 84, p. 227, 5 maio 2022.

BRASIL. *Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2020-2028*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Departamento de Informática do SUS, 2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estrategia_saude_digital_Brasil.pdf. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 2000.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*: Poder Executivo, Brasília, DF, 15 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). *Diário Oficial da União*: seção 1, Poder Executivo, Brasília, DF, p. 1, 16 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). *Diário Oficial da União*: seção 1-Extra, Poder Executivo, Brasília, DF, edição 24-A, p. 1, 4 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 467, de 20 de março de 2020. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. Brasília: *Diário Oficial da União*: seção 1-Extra, Poder Executivo, Brasília, DF, edição 56-B, p. 1, 23 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2002. Declara o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revoga a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*: seção 1 – extra E, Poder Executivo, Brasília, DF, edição 75-E, p. 12, 2 abr. 2022.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo. *Regiões Metropolitanas e Regiões Integradas de Desenvolvimento*: em busca de uma delimitação conceitual. Senado Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa/CONLEG/Senado, abr. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td273. Acesso em: 25 abr. 2022.

CAVET, Caroline Amadori; SCHULMAN, Gabriel. As violações de dados pessoais na telemedicina: tecnologia, proteção e reparação ao paciente 4.0. *In*: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coord.). *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 145-171.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 298.

DEGELING, Martin *et al.* "We value your privacy... now take some cookies: Measuring the GDPR's impact on web privacy. 26th Annual Network and Distributed System Security Symposium", NDSS 2019. San Diego, California: *The Internet Society,* fev. 2019. Disponível em: https://www.ndss-symposium.org/wp-content/uploads/2019/02/ndss2019_04B-2_Degeling_paper.pdf. Acesso em: 26 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 144 13/02/2025 10:04:37

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679.* Version 1.1, maio 2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION (FDA). *Policy for Device Software functions and Mobile Medical Applications:* Guidance for industry and Food and Drug Administration Staff. U.S. Department of Health and Human Services, 2019. Disponível em: https://www.fda.gov/media/80958/download. Acesso em: 25 jun. 2022.

FISCHER, Shira H.; ZHOU, Li. Uso de tecnologias da informação e da comunicação na área da saúde: a telessaúde em 2021. *In*: Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos estabelecimentos de saúde brasileiros*: TIC Saúde 2021. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 109-126, 2021. Disponível em: https://cetic.br/pt/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-estabelecimentos-de-saude-brasileiros-tic-saude-2021/ Acesso em: 12 abr. 2022.

INSTITUTE FOR HUMAN DATA SCIENCE (IQVIA). *Digital Health Trends 2021*: innovation, evidence, regulation, and adoption. 2021. Disponível em: https://www.iqvia.com/insights/the-iqvia-institute/reports/digital-health-trends-2021. Acesso em: 20 maio 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Cidades e Estados*. Teresina, 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pi/teresina.html. Acesso em: 30 maio 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Portal Cidades*. Brasil, Piauí, Teresina, 2022. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pi/teresina/panorama. Acesso em: 30 maio 2022.

KAPLAN, Bonnie. "Revisiting health information technology ethical, legal, and social issues and evaluation: Telehealth/telemedicine and COVID-19". *International Journal of Medical Informatics*, v. 142, nov. 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1386505620309382?via%3Dihub. Acesso em: 28 jun. 2022.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018). *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 109-124.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Global strategy on digital health 2020-2025*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2021a. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/documents/gs4dhdaa2a9f352b0445bafbc79ca799dce4d.pdf. Acesso em: 24 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Implementing telemedicine services during COVID-19*: *guiding principles and considerations for a stepwise approach*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2021b. Disponível em: https://apps.who.int/iris/handle/10665/336862. Acesso em: 28 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Who Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. 2022. Disponível em: https://covid19.who.int/. Acesso em 3 jul. 2022.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; CALDEIRA, Cristina. O consentimento informado e a proteção de dados pessoais de saúde na internet: uma análise das experiências legislativas de Portugal e do Brasil para a proteção integral da pessoa humana. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/04/Sarlet-e-Caldeira-civilistica.com-a.8.n.1.2019-1.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento no direito da saúde nos contextos de atendimento médico e de LGPD: diferenças, semelhanças e consequências no âmbito dos defeitos e da responsabilidade. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 18-46, maio/ago. 2021. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org. Acesso em: 22 fev. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 145 13/02/2025 10:04:37

TANG, Jenny *et al*. "Defining Privacy: How users interpret technical terms in privacy policies". *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, v. 2021, n. 3, p.70-94, 2021. Disponível em: https://sciendo.com/it/article/10.2478/popets-2021-0038. Acesso em: 29 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). *Jornal Oficial da União Europeia*, Estrasburgo, 2016. Disponível em: https://gdpr-info.eu/. Acesso em: 30 abr. 2022.

ZAMRI, Nursyamila; MOHIDEEN, Fathima Begum Syed. "The Practicality of Mobile Applications in Healthcare Administration and COVID-19 Pandemic". *The Malaysian Journal of Islamic Sciences, Special Issue:* Healthcare in Pandemic Era*: "The New Norm*", v. 1, p. 117-130, abr. 2021. Disponível em: https://uijournal.usim.edu.my/index.php/uij/article/view/300. Acesso em: 20 maio 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *Big Other*: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 17-68.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá; BRAGA, Jairo Victor Candeira. O consentimento informado e a proteção dos dados pessoais de pacientes: autodeterminação informativa em aplicativos de telemedicina no município de Teresina, Piauí, Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 117-146, jul./dez. 2024.

Recebido em: 12.07.2022
Pareceres: 05.08.2022, 23.06.2024, 22.09.2024
Aprovado em: 24.09.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 146 13/02/2025 10:04:37

POR UMA EPISTEMOLOGIA CONSTITUCIONAL FEMINISTA: DA INFLUÊNCIA DA DOXA ANDROCÊNTRICA À ADOÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Ticiane Louise Santana Pereira

Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia. Promotora de Justiça no Estado do Paraná. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5830-5622#:~:text=https%3A//orcid.org,0001%2D5830%2D5622. *E-mail*: tispereira@mppr.mp.br.

Marcos Augusto Maliska

Doutor em Direito Constitucional. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil – Centro Universitário. Procurador Federal. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3470-9304#:~:text=https%3A//orcid.org,0002%2D3470%2D9304. *E-mail*: marcosmaliska@yahoo.com.br

Resumo: O constitucionalismo moderno ocidental, em sua origem marcadamente liberal e androcêntrica, forjou um ambiente propício para uma produção jurídica largamente influenciada pelas doxas do senso comum, que talharam uma ideia normalizante das desigualdades arbitrárias entre homens e mulheres. Em meados do século XX, no entanto, novas perspectivas inclusivas e redimensionadoras do sentido de igualdade substancial, impactaram os estudos de gênero, colocando a necessidade de uma revisão epistemológica do fenômeno jurídico, em prestígio à equidade e ao pluralismo. Desta forma, questiona-se como foram moldadas essas desigualdades percebidas, se detectadas em um contexto histórico de prestígio às liberdades individuais? Quão estruturantes se apresentam estes discrímens arbitrários e em que fundamentos se apoiam essas narrativas justificantes? A ausência de uma percepção do fenômeno sociopolítico do gênero foi decisiva para se tecer uma realidade jurídica carente de abordagem isonômica e, efetivamente, democrática para homens e mulheres? Sob este viés, tem-se como base o uso do método de pesquisa de revisão bibliográfica de modo a priorizar o ponto focal da discussão: é possível, no atual cenário constitucional, o desenvolvimento de uma epistemologia feminista, garantidora da isonomia substancial de homens e mulheres, por meio da análise do fenômeno jurídico sob a perspectiva de gênero?

Palavras-chave: Constitucionalismo. Pluralismo. Feminismo. Gênero. Androcentrismo.

Sumário: Introdução – **1** O paradoxo do constitucionalismo moderno: "diferentes, mas iguais" – **2** O impacto da politização do gênero na doxa androcêntrica: a crise da heteronormatividade – **3** A construção constitucional da episteme feminista e a perspectiva de gênero – Considerações finais – Referências

RBDFJ51_MIOLO.indd 147 13/02/2025 10:04:37

Introdução

A experiência do constitucionalismo moderno ofereceu uma percepção do fenômeno jurídico muito aliado aos ideários postos pelas revoluções liberais do século XVIII, quais sejam, o culto às liberdades individuais, a previsão de limites à ação estatal, bem como o prestígio à legalidade. Assim, as sucessivas elaborações normativas, autorizadas por este novo ambiente jurídico, hauriram destas influências políticas e filosóficas as suas bases normativas.

As fontes de produção jurídica, entretanto, experimentaram um expressivo protagonismo masculino ao longo dos séculos XIX e XX. De uma maneira geral, a presença feminina nessas estruturas ocidentais de poder, foram precarizadas pela baixa representatividade o que contribuiu para a postergação de uma pauta política mais inclusiva, precisamente quanto à diversidade das mulheres em sociedade. Esse eclipsar histórico, relativamente ao protagonismo feminino nas suas próprias lutas, é uma emblemática amostra do *modus* seletivo que o fenômeno jurídico reproduziu normativamente: os fatos sociais valorados são os fatos reconhecidos e apenas estes seguiam uma regulação normativa garantidora.

A mulher não foi citada na primeira Constituição Republicana de 1891, não agregando, portanto, a condição de cidadã.[1] E este hiato político significa que, mesmo em uma ambientação jurídica dita humanista, ela simplesmente não existia como *sujeito de direitos,* considerada em sua dimensão individual. Tal condição alongou-se por muito tempo e teve repercussão jurídica, pois havia uma cultura conformadora, normalizada, sobre o destino e o espaço natural da mulher: o privado, o doméstico. Tudo justificado sob uma imbricada teia de disposições relacionais de poder e subjugação que naturalizaram esse desequilíbrio, conformando esta precarizante condição existencial às mulheres.

Com o avançar das crises políticas e dos sentidos graus de desequilíbrios decorrentes da afirmação liberal, novas reivindicações passaram a tecer uma nova dimensão constitucional de ação estatal. Neste sentido, era necessária uma disposição ativa e promocional do Poder Público a fim de regular assimetrias que expuseram a retórica da igualdade formal, celebrada pelo liberalismo.

É nesse espaço de buscas inclusivas que muitas pautas políticas ganham espaços no cenário de afirmação democrática, dentre elas a reivindicação por igualdade substancial das mulheres. A partir de então, foram desenvolvidos estudos e análises sobre as condições de alijamento social a que estavam submetidas as mulheres. Nesse contexto, os estudos sobre a dimensão política do

[1] ARAUJO, Maria da Conceição Pinheiro. O golpe no gênero: rompendo o silêncio, enredando a resistência. *In*: ARAUJO, Maria da Conceição Pinheiro; LIMA, Antonia Rosane Pereira (Org.). *Censura e silenciamento*: a literatura de autoria feminina em questão. Alagoinhas: Bordô-Grená, 2019. p. 17-33, p. 17.

RBDFJ51_MIOLO.indd 148 13/02/2025 10:04:38

gênero fornecem um importante contributo ao pluralismo e forcejam um redimensionamento na análise do fenômeno jurídico, à luz dessas irrupções socialmente verificadas.

A maior parte dos estudos que se ocuparam em problematizar o conceito político de gênero[2] comungam a constatação de que esta categoria deflagrou a compreensão de imbricados processos sistêmicos de exercício de poder. Neste sentido, a artificial e arbitrária construção cultural de abordagens subjetivas rigorosamente performadas a homens e mulheres, inicia-se no estabelecimento do discrímen binário do corpo: um restritivo modelo identitário que só pode encontrar na variação do masculino ao feminino os espaços de mobilidade ao desenvolvimento humano.

Portanto, a categoria analítica de gênero será aqui investigada nesta perspectiva binária das inscrições sexuais. Ainda, a abordagem seguirá nesta investigação sociológica mensurando o que as irrupções de uma estrutura de poder são capazes de produzir: traços de subjugações sutis, legitimadas nas normalizações abarcadas pelo senso comum. Mais do que um regulador dos mecanismos de controle social, tais abordagens cristalizaram a normalização do *dever ser*, reforçando-o ao tempo em que o justifica pela naturalização de expectativas comportamentais dos indivíduos.

E é na (re)construção cognitiva que os alicerces da epistemologia feminista encontram base fecunda para a definição dos valores que modularão expectativas de comportamentos, saberes e julgamentos. Uma sociedade estruturada sob a hegemonia masculina e heterossexual naturaliza que seu progresso se expresse através de uma *atividade* vetorizada, funcional e androcêntrica. Portanto, a perspectiva de gênero, enquanto metodologia haurida desta nova episteme, fornecerá um deslocamento cognitivo importante para redimensionar o eixo discursivo e a diversidade na compreensão do fenômeno jurídico.

Também será contextualizado o contributo histórico que o (neo)constitucionalismo ofereceu à abertura epistemológica feminista, ao prestigiar o pluralismo e novas referências metodológicas na análise do Direito. Desta forma, a problematização conceitual de gênero emerge como ponto de partida para os estudos sobre o direito das mulheres, que emergem do impacto que a igualdade substancial trouxe ao cenário jurídico pelo contexto plural que colheu o constitucionalismo.

[2] Compreendidos pelo *modus* cultural de ser, como a obediência às regras de etiqueta, de comportamento e as próprias *performances* individuais justificadas como "papéis de homem/mulher", mas constitutivas de uma arbitrária imposição às subjetividades (PEROSA, Graziela Serroni. A aprendizagem das diferenças sociais: classe, gênero e corpo em uma escola para meninas. *Cadernos Pagu*, n. 26, 2006, p. 94-96).

RBDFJ51_MIOLO.indd 149 13/02/2025 10:04:38

1 O paradoxo do constitucionalismo moderno: "diferentes, mas iguais"

O constitucionalismo, de uma maneira geral, não constitui um movimento linear e harmônico, dada sua historicidade. Os processos políticos que orientaram seu progresso jurídico acenaram para avanços na ampliação da cártula de direitos fundamentais. Por outro lado, também registraram retração em sua marcha afirmativa, revelando certa descontinuidade em seu desenvolvimento. Este *iter* sugere certa instabilidade jurídica precisamente quando estas ondulações tangenciam direitos hauridos de conquistas relativizadas a grupos historicamente discriminados, dentre os quais estão as mulheres.

A origem do constitucionalismo moderno está associada à emergência das revoluções burguesas na Inglaterra (1688), nos Estados Unidos (1776) e na França (1789), sequenciando a sua prescrição normativa e material voltada à limitação do poder do Estado e a declaração dos Direitos fundamentais, base do Estado burguês. Vale destacar que a essência deste constitucionalismo, marcadamente liberal, está estreitamente ligada ao prestígio à liberdade individual e à propriedade privada.

Com esses encarecimentos o ideário de ingerência estatal mínima na esfera jurídica do indivíduo moldou um novo relacionamento entre essas personagens. O sentido de igualdade passa a adjetivar este vínculo em uma curiosa construção dual: para o Estado, o povo não *é*, mas *são* todos. E todos são os cidadãos percebidos pelo Estado, que são considerados iguais. Essa nova liturgia, mais do que encerrar uma advertência à volúpia estatal na concessão de privilégios setorizados, rememorando práticas proscritas, também insinuava um *modus* cívico. Assim, quando a ação política estatal fosse vetorizada ao cidadão, seria de forma isonômica a todos os cidadãos, eventualmente.

Essa percepção do Estado para com o indivíduo consistia em uma estratégia politicamente providencial, pois agregava em única e poderosa base a força revolucionária que garantiu legitimidade ao processo de transição para uma nova era. Entretanto, desde o irromper insurrecional, esta base piramidal já se mostrava complexa e diversa, revelando tensões internas e abalando a suposta homogeneidade de propósitos na afirmação do liberalismo.[3]

Pelas leis da época, a condição de cidadão era conferida exclusivamente ao homem, pessoa do sexo masculino, registre-se. Portanto, é o homem que já nasce livre e igual. Mas não é só. Na prática, essa igualdade não modula a relação do Estado com todos os homens. E nem a todos os homens de maneira igual,

[3] De registro histórico, a obra de SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Qu'ést-ce que le Tiers État? Tradução de Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RBDFJ51_MIOLO.indd 150 13/02/2025 10:04:38

horizontalmente. Esta perplexidade será profundamente sentida nas relações sociais com o avançar do século XIX.

Em que pese a exclusão feminina não seja uma nota característica desse período, é forçoso concluir que, no limiar da concretização (revolucionária) do projeto liberal de base humanista, racional e supostamente igualitário, as mulheres não eram consideradas sujeitos políticos e, portanto, não participavam dos processos de decisão.[4] Consequentemente, as fontes de produção normativa experimentaram um expressivo protagonismo de homens ao longo dos séculos XIX e XX, redundando em uma produção jurídica de marcada nota masculinizante. Nessa primeira fase, portanto, o constitucionalismo floresce sob a impressão liberal dos ideários que matizaram a ascensão burguesa ao poder, precisamente, de homens burgueses.

Essa aferição da composição subjetiva dos núcleos de poder não tem impacto apenas na genealogia do processo legislativo de uma época. Ele induz a um modelo epistemológico,[5] cujas notas são hauridas de uma perspectiva que agrega as crenças: da garantia no Direito, pelo império da legalidade; da estabilidade jurídica, conferida pelos limites impostos ao Estado; do cumprimento das promessas constitucionais relacionadas à fruição de direitos.

Como consequência desse cenário, não é de se estranhar que os investidos em poderes constituídos pelo povo (homens cidadãos) se vejam na contingência de insculpir no texto da Constituição um conjunto de previsões normativas que exaltavam tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Ocorre que a forma mais eficiente de os tornar inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é modelá-los em termos imprecisos, genéricos, fluidos ou carentes de normatização infraconstitucional. Esta foi a tônica de uma epistemologia liberal e masculinizante que influenciou grande período do constitucionalismo.

A título de amostragem, sagrou-se a compreensão de que as normas que previam direitos individuais, e de efetivação *sponte propria,* gozavam de plena eficácia, pois representativas textuais da garantia maior do constitucionalismo liberal.[6]

---

4 De registro, a marcante influência que o pensamento de Rousseau legou à sociedade liberal. Neste sentido, sua obra *Contrato Social*, bem como *Discurso sobre a Origem e os fundamentos da desigualdade entre os Homens*. Mas, também, no que concerne ao pertencimento das mulheres em sociedade, em sua obra *Emílio, ou Da Educação*, Rousseau tece uma pedagogização de subjugação que as mulheres deveriam desempenhar, relativamente nas relações privadas, espaço e seu domínio. Aos homens, estava destinado o espaço público, social. Para tanto, apela para a mimetização dos comportamentos da natureza, sugerindo a domesticação feminina como seu destino natural. Esta influência se fez sentir nas várias conformações políticas, após a sedimentação do pensamento liberal (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio, ou Da Educação*. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 423 e seg.).

5 Não à toa, a filósofa Djamila Ribeiro, citando a pensadora feminista Lélia Gonzalez pontuou que "quem possui o privilégio social, possui o privilégio epistêmico" (RIBEIRO, Djamila. O que é lugar *de fala*? Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 26).

6 Especificamente no Brasil, situam-se os modelos processuais (individuais) de acesso à justiça. Sabidamente, foi só na segunda metade do século XX, no surgimento dos "novos direitos", que o sistema processual

RBDFJ51_MIOLO.indd 151 13/02/2025 10:04:38

Direitos sociais também ganhavam o prestígio da prescrição normativa. Ocorre que a deflagração da eficácia de seu conteúdo era postergada pela necessidade de gestão legislativa ulterior.[7] Em outros casos, o arranjo normativo desses direitos sociais e coletivos circunscreviam-nos ao recôndito impenetrável do Executivo. Neste espaço de Poder constituído, de acentuada nota vestigial de potestade, insistia-se em categorias jurídicas menos precisas e, muitas vezes, orientadas pelas conveniências de ocasião, como instável sentido atribuído ao poder discricionário.[8]

Esta retórica liberal que "a todos colhiam igualmente" eclipsou profundas assimetrias na garantia equânime de Direitos constitucionais. Por outro lado, consagrou a imponência da eficácia dos direitos individuais, que correspondiam à vitória do indivíduo sobre o Estado. A consagração dos direitos sociais retrata a superação de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. Esses são direitos que se inserem da atividade prestacional do Estado, agindo como regulador de sentidas assimetrias políticas na acomodação horizontal dos indivíduos em sociedade. São direitos que representam conquistas inclusivas, orientadas pela igualdade substancial.

É nesse espaço que estão situados os direitos das mulheres, pois inflexão direta de uma recomposição jurídica diante do reconhecimento prejudicial do discrímen à sua condição política e existencial. Portanto, os direitos das mulheres inscrevem-se como expressão das lutas feministas por igualdade substancial e, nesta linha, expressão dos conhecidos direitos de segunda geração.[9]

formulou os mecanismos mais democratizados de acesso à justiça, consagrando a tutela dos direitos transindividuais, coletivos e difusos. Assim, instrumentalizou a realização judicial de direitos coletivizados ou específicos de grupos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; ações afirmativas de acessos a grupos historicamente marginalizados (aqui, com destaque a inspiração das *class actions* norte-americanas).

7 Neste sentido, de registro, a tradicional classificação doutrinária pátria sobre a eficácia das normas constitucionais, de ideação de José Afonso da Silva, que muito influenciou o Direito Constitucional brasileiro (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998).

8 Esta condição resta evidenciada no conteúdo do texto constitucional de 1988, relativamente ao enfrentamento à violência doméstica. Prevista no art. 226, §8º, o texto acena para a percepção da violência doméstica no capítulo que regula as relações familiares. Assim, o enfrentamento a tal conflito é percebido constitucionalmente sob o abrigo da instituição familiar, atendendo a uma *doxa* de senso comum que compreende a mulher apenas em sua visibilidade gregária e familiar. A reivindicação constituinte das mulheres que compunham o *Lobby do Batom*, nos trabalhos da Assembleia Constituinte, acenava para o reconhecimento da violência contra a mulher em sua dimensão de gênero, singular e política, e não apenas institucionalizada. Esse contexto excluía a visibilidade de mulheres solteiras, lésbicas ou eventualmente estigmatizadas na sociedade e, por isso, fora do alcance interpretativo do arco de proteção normativa. A eficácia da ação promocional do Estado, inscrita nesta norma, e que afeta essa particular política pública, só ocorreu em 2006, com a Lei Maria da Penha, depois que o Estado brasileiro foi responsabilizado por violar normas de direitos humanos. Em trabalho sobre a ação feminista na Constituinte, de registro a leitura de AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. "Lobby do Batom": uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, v. 3, n. 5, p. 72-85, 2013.

9 Em uma inflexão analítica sobre o tema, MACHADO, Monica Sapucaia *et al*. Cidadania e participação das mulheres: um direito individual ou social? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, n. 3, 2018. p. 182-199.

RBDFJ51_MIOLO.indd 152 13/02/2025 10:04:38

No entanto, é na cadência estrutural dessa sociedade dita livre, que uma nova dimensão de justiça reclama alcance jurídico. Com efeito, expondo as diferenças civis de acessos políticos e econômicos, manifesta-se a expressão cívica de um corpo social mais diverso e plural do que se supunha até então. O chamado neoconstitucionalismo e sua ideia de Estado Constitucional passa pela problematização crítica de duas categorias: legitimidade democrática e a normatividade.

No Brasil, a experiência é bastante singular. Além de ser um dos primeiros países do eixo latino a atravessar o processo de redemocratização, os trabalhos constituintes contaram com uma ampla participação social de caráter progressista. Neste sentido, de destaque a presença representativa de mulheres, dentre elas, as integrantes do "*lobby* do batom".[10]

Esse grupo de feministas soube articular elementos de democracia participativa, garantindo a assimilação de uma gama de reivindicações expostas. Evidentemente, questões como aborto, participação política paritária e a menção a aspectos particulares da condição política de gênero foram sombreadas por previsões generalizantes, como a inscrição normativa de que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

É neste contexto de fim do século XX que os Estados passam a adotar Constituições, tal a brasileira de 1988, que trazem conteúdo normativo inovador à chamada democracia inclusiva e participativa. Com efeito, propõe-se a superação do conceito de Constituição como mero limitador ao poder constituído, avançando na apresentação de pautas políticas promocionais. Nessas condições, a novidade está em que o poder constituinte manifesta sua vontade também sobre a configuração da própria sociedade revelando diversos atores sociais.

Aqui, as alterações estruturais experimentadas neste fim de século acenarão para uma profunda mudança na compreensão do fenômeno jurídico. Nesse sentido, percebe-se que o reconhecimento de uma experiência menos rígida da concepção liberal do constitucionalismo, seja pela visibilidade de novos artífices em sua leitura, seja pela inflexão do diálogo contínuo de várias fontes atravessando o próprio texto constitucional e a ele integrando, o Direito como um todo e, em especial, o conceito de Estado Constitucional, será redimensionado. Antes, entretanto, é importante contextualizar o abalo percebido nas relações sociais que situam o protagonismo masculino, particularmente, as relações estruturais que modularam uma compreensão autorreferente nas relações privadas, na cultura, no Direito.

[10] AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. "Lobby do Batom": uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, v. 3, n. 5, p. 72-85, 2013.

RBDFJ51_MIOLO.indd 153 13/02/2025 10:04:38

2 O impacto da politização do gênero na doxa androcêntrica: a crise da heteronormatividade

Ao longo do século XX, a noção tradicionalmente binária, constitutiva da ideia de masculino e feminino, sofreu uma profunda ressignificação pelo impacto que a construção do conceito político (e plural) de gênero introduziu nas relações sociais. Assim considerado, o gênero é resultado da diferenciação individual forjada pelos condicionamentos culturais e matizado de assimetria por sistemas estruturais opressores.[11] Este novo sentido identitário, abertamente instável, pois transversalizado pela contextualização histórica e as dinâmicas de poder correlatas, conferiu a ambas as categorias (de feminino e masculino) um espaço de intensa discussão teórica.

Nesse sentido, os movimentos feministas que ascenderam ao longo do século XX[12] iniciaram a problematização deste binarismo enquanto marco distintivo de sobrepostas formas de violência, ao revelar que o impacto conceitual de tais *performances* diferenciadoras entre homens e mulheres poderia redundar em assimetrias fortemente sentidas no ambiente político e jurídico. Em uma primeira percepção, essas constatações eram facilmente aferíveis quando da observação das condições privilegiadas conferidas aos homens em detrimento das mulheres, relativamente ao acesso a direitos civis básicos como educação, condições de trabalho, participação política, etc.

A dimensão dessas perplexidades ganhava particular importância ao se mensurar que tais desequilíbrios de acessos foram surpreendidos em plena consolidação do projeto político liberal, dito emancipatório, universal e que se sustentava em bases filosóficas de inequívoca fonte humanista. Portanto, neste período, os debates sobre estas desigualdades ocupavam-se de contextos facilmente detectáveis, precipuamente quando estes desequilíbrios se situavam nas esferas política e jurídica. Nestas condições nas quais os direitos civis, abertamente, não colhiam homens e mulheres de maneira equivalente em extensão e intensidade,

[11] HITA, Maria Gabriela. Masculino, feminino, plural. *Cadernos Pagu*, n. 13, 1999, p. 371.

[12] Em crítica sobre a precisão de um marco histórico para situar a aurora dos movimentos feministas, Maria Walkíria Cabral e Luíza de Souza Lima Macedo, questionando a etiquetagem ocidental de "ondas dos feminismos", argumentam que não é possível e nem interessante determinar historicamente quando surgem os movimentos feministas (apesar da nomenclatura feminismo consolidar-se com um viés político na afirmação da contemporaneidade). "Ela (a 'primeira onda') não se inicia exatamente na Modernidade, visto que importantes obras sobre os direitos das mulheres podem ser encontradas já no medievo, com Christine de Pizan (1340-1430), que perceberá a estrutura opressora da sociedade, passando a reivindicar o direito à educação e o alargamento do corpo cívico, como forma de libertação das mulheres, ou até mesmo antes dela" (CABRAL, Maria Walkíria; MACEDO, Luíza de Souza Lima. Os feminismos como (des)construção dos Direitos Humanos: a importância de filósofas modernas na resistência ao iluminismo misógino. *Fronteiras & Debates*, v. 7, n. 2, p. 113-125, 2021).

RBDFJ51_MIOLO.indd 154 13/02/2025 10:04:38

os questionamentos tornavam-se mais objetiváveis, encontrando no espaço social o cenário adequado para a formulação de uma pauta reivindicatória por igualdade substancial.

Grande parte dessas críticas dedicavam expressiva atenção aos critérios de distribuição de renda e aos fenômenos sociais decorrentes desta variável. O avançar da pauperização urbana, experimentada pelas fases sucessivas da Revolução Industrial, também contribuía para a percepção de claras desigualdades, dando conta de uma inescondível realidade de visíveis privilégios e inescondíveis privações.

É neste contexto de denúncia política que, na afirmação histórica da contemporaneidade ocidental, se verifica um sentido de exclusão às mulheres,[13] relativamente às oportunidades de acessos civis acenadas em uma conformação política supostamente emancipatória, pois liberal.[14] Sob esta constatação, as feministas centralizaram uma forte crítica ao paradigma do patriarcalismo, um conceito universal de dominação masculina que privilegia relações de oposição entre homens e mulheres e instiga a desigualdades dos sexos, numa rígida divisão de territórios que precisava ser revista.

Assim, a especulação teórica do conceito de gênero confere politização à problemática das desigualdades entre homens e mulheres. E vai mais longe: além de denunciar essas diferenciações arbitrárias às oportunidades sociais, em privilégio aos homens, perscruta a real dinâmica de poder que encerra abordagens subjetivas opressivas. Com efeito, forceja a construção crítica desta fisiologia de poder, denunciando o privilégio da masculinidade, base das sociedades androcêntricas.

Nesse sentido, para Bourdieu,[15] a verificação diferenciadora da inscrição sexual nos corpos, além de cunhar a análise binária de oposições conceituais, é o *locus* irradiador deste processo diferenciador de irrupção (do masculino para o feminino, necessariamente[16]). E é nesse discrímen que se influencia a própria percepção de mundo e sentido de normalidade.

---

13 Efetivamente, é de ver que essas críticas se centravam aos modelos políticos ocidentais e a pauta de reivindicações aos acessos ressentidos também se centravam nestes espaços civilizatórios. O sentido da irrupção colonial e a expropriação identitária, operados pela escravização de povos, seja pela precarização dos corpos ou pelo confisco das tradições, serão só posteriormente investigadas.

14 Já no período da Revolução Francesa, Olympe de Gouges, filósofa revolucionária que se dedicou ao ideal iluminista, registrou seu descontentamento sobre a ausência de debate ao que cunhou de Direitos das Cidadãs: "Mulher, acorde; o rebate da razão se faz ouvir em todo universo, tome conhecimento de teus direitos [...] O homem escravo multiplicou suas forças, teve necessidade de recorrer às tuas para romper os grilhões. Libertado, ele tornou-se injusto em relação às suas companheiras. Ó, mulheres! Mulheres, quando vocês deixarão de ser cegas? Quais são as vantagens que vocês obtiveram da Revolução? Um desprezo mais acentuado, um desdém mais assinalado" (GOUGES, Olympe de. *Avante, Mulheres*! Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã e outros textos. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2020, p. 162-163).

15 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017, p. 24.

16 "Arbitrária em estado isolado, a divisão das coisas e das atividades (não necessariamente sexuais) segundo a oposição entre o masculino e feminino recebe sua necessidade objetiva e subjetiva de sua inserção em

RBDFJ51_MIOLO.indd 155 13/02/2025 10:04:38

O masculino, plasmado no princípio ativo, viril (*virtus*) orienta e *vetoriza* a funcionalidade social (em sua representação imagética e fálica), revelando-o como o constitutivo das potências de vida, expressando-se como o que *é* e, por isso, mimetizando uma verticalidade que se impõe sem qualquer necessidade de justificativa.[17] As condições opostas correspondentes seriam atribuídas ao feminino (o espaço privado, doméstico, as referências passivas, pois fisiologicamente receptivas, etc.).[18]

Essas condições binarizantes das abordagens subjetivas compreendem uma visão opositiva e hierarquizada das experiências individuais e do próprio exercício da sexualidade, ligando esta categorização dual ao conceito de uso legitimado dos corpos, em uma comunhão heterorreferente (heterossexualizada). Essa experiência viva do corpo transcende e perpassa esquemas de pensamento sobre o mundo exterior, reverberando efeitos na linguagem, na construção discursiva, na cultura, na feição institucional do Estado.

Consequência desta dispersão conceitual de referências, a vivência social recorre ao senso de regularidade, margeada pela advertência proscritiva do que não está compreendido nesse binarismo. O senso normalizante, porque derivado desta naturalização de conceitos, define-se pelo que *é*, inspirando a disciplina coercitiva do *dever ser.*

A problematização política do conceito de gênero, com base na crítica sexual binária é, portanto, o ponto de partida da detecção da trama social que se traduz em mecanismos sucessivos e sobrepostos de opressões sistêmicas, condicionando a autodeterminação individual e enfraquecendo a vivência na

um sistema de oposições homólogas, alto/baixo, em cima/embaixo, na frente/trás, direita/esquerda, reto/curvo, seco/úmido, duro/mole, temperado/insosso, claro/escuro, fora(público)/dentro(privado) etc., que, para alguns, correspondem a movimentos do corpo (alto/baixo, subir/descer, fora/dentro, sair/entrar). Semelhantes na diferença, tais oposições são suficientemente concordes para se sustentarem mutuamente, no jogo e pelo jogo inesgotável de transferências práticas e metáforas; e também suficientemente divergentes. [...] Esses esquemas de pensamento, de aplicação universal, registram diferenças de natureza inscritas na objetividade, das variações e dos traços distintivos (por exemplo em matéria corporal) que eles contribuem para fazer existir, ao mesmo tempo que as 'naturalizam', inscrevendo-as em sistemas de diferenças, todas igualmente naturais em aparência; [...]. A divisão entre os sexos parece estar 'na ordem das coisas', como se diz por vezes para falar do que é 'normal', 'natural' a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas 'sexuadas') em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação" (BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017, p. 20, 21).

17 Para Bourdieu, "a virilidade, em seu aspecto ético mesmo, isto é, enquanto quididade do vir, *virtus*, questão de honra (*nif*) princípio da conservação e do aumento da honra, mantém-se indissociavelmente, pelo menos tacitamente, da virilidade física, através, sobretudo, das provas de potência sexual – defloração da noiva, progenitura masculina abundante etc. – que são esperadas de um homem que seja realmente um homem. Compreende-se que o falo, sempre presente metaforicamente, mas muito raramente nomeado ou nomeável, concentre todas as fantasias coletivas de potência fecundante" (BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017, p. 25).

18 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017, p. 25.

RBDFJ51_MIOLO.indd 156 13/02/2025 10:04:38

diversidade política. Tais dinâmicas sociais, que situam o princípio androcêntrico na base estrutural dos processos de domínio e subjugação, forjou o conceito de heteronormatividade.

A heteronormatividade emblematiza uma ordem funcionalizante, que opera esquemas de pensamento duais, opositivos e hierarquizados. Consequentemente, influencia saberes, modula a cultura e edifica a própria feição política das instituições. Nessa construção, situa-se o princípio androcêntrico, orientador do estado (regular) das coisas, pois revela a supremacia masculina como centro irradiador e força bastante na definição do sentido normalizante das coisas.[19]

Citando a obra de Adrienne Rich, Juliana Paiva Costa Samões avalia que

> pensamos o mundo a partir de um horizonte dado, portanto. E esse horizonte é masculino. Reis, Papas, Governantes, dirigentes de meios de comunicação, pais de família. A nossa linguagem se formou e evoluiu por uma ótica gendrada. Os nossos valores culturais se tornaram, portanto, "a corporificação da subjetividade masculina".[20]

As relações de domínio descortinadas pelos estudos do gênero impactaram a *doxa*[21] (como saber do senso comum) e sua arbitrária matriz androcêntrica. Com efeito, sequenciou-se uma crise de proporções consideráveis à edificação heteronormativa, cujas bases foram reveladas como expressão de uma cultura matizada de desigualdades, (*para*)*doxalmente* sufragada pela normalidade.

---

[19] A ideia mais ou menos difusa, orientada pela *doxa* de senso comum de que "é, pois sempre foi". Também neste sentido, "Tal convencimento é fundamental para investigar o debate filosófico travado ao longo da história sobre o tema da igualdade, a fim de assentar a compreensão da influência do androcentrismo sobre os valores e ideias vinculados à distribuição e ao exercício de poder na sociedade" (OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Para uma crítica da razão androcêntrica: gênero, homoerotismo e exclusão da ciência jurídica. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, v. 25, n. 48, 2004, p. 43).

[20] SAMÕES, Juliana Paiva Costa. *Epistemologias e hermenêuticas jurídicas feministas*: o gênero como categoria analítica dos princípios da igualdade e da dignidade das mulheres. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: UFBA, 2020, p. 23.

[21] Em um breve ensaio, Karem Franklin, vale-se da distinção platônica de *doxa* e Episteme: "*Doxa* na *República* é reafirmada como simples opinião, mas se distancia de *episteme*, no que concerne ao valor do conhecimento. Aqui *episteme,* como conhecimento da realidade das coisas, manifesta-se como diretamente ligado à Ideia do bem, no sentido de esta garantir a veracidade do conhecimento. Portanto, na *República* o termo *episteme,* que antes suportava a possibilidade de ser habilidade para algo, agora adquire o conteúdo de saber pleno de certeza, um saber evidente que está ligado diretamente com a realidade da Ideia. Com isso, *episteme*, na *República,* configura-se como conhecimento verdadeiro diametralmente afastado de *doxa,* que se configura como simples opinião. Apesar disso, tanto em *Górgias* como na *República,* surge o problema da *doxa* verdadeira como possibilidade de se manter a ação devida sem a precisão conceitual que a suporta. Isso implica que, em alguma instância da relação entre epistemologia e ética, é possível considerar a ação sob o ponto de vista de uma *doxa* verdadeira, mas isso não significa que esse tipo de saber poderá tornar-se fundamento ético em Platão" (FRANKLIN, Karen. Os conceitos de Doxa e Episteme como determinação ética em Platão. *Educar em Revista*, n. 23, 2004, p. 374).

RBDFJ51_MIOLO.indd 157 13/02/2025 10:04:38

É neste cenário de regulação social heteronormativa que o Direito moderno se arregimentou com uma forte nota patriarcal, orientando-se por uma inflexão epistemológica de cunho liberal e individualista. A consequente invisibilidade destinada às mulheres, precisamente na esfera pública, ratificava seu pertencimento natural ao *locus* doméstico. E, nessa esfera privada onde a ingerência estatal encontra limites (bem à moda liberal), os conflitos ali ambientados foram juridicamente relegados ao longo do século XX. A mudança veio no limiar do século posterior.

3 A construção constitucional da episteme feminista e a perspectiva de gênero

Conforme já mencionado neste trabalho, a concepção que os Estados liberais imprimiram ao Direito sofreu expressivas críticas no fim do século XX, precisamente, na denúncia de sua forte nota patrimonial em detrimento de uma inclusiva e substancial percepção humanista. Nesse sentido, não apenas colaboraram os eventos históricos que, já na primeira metade do referido século, expuseram as contradições do ideário liberal forjado nas revoluções do século XVIII, como também foram assimiladas novas abordagens que o sentido adjetivo de justiça passou a agregar ao conceito de Direito.[22] Assim, muitas categorias jurídicas e a própria forma de atuação dos sistemas de justiça experimentaram novas influências, muitas delas decorrentes da mobilidade social de grupos historicamente marginalizados. Consequentemente, a tudo se acresce também as novas pautas políticas que essa alteração principiou.

Na segunda metade do século XX, o fortalecimento de muitas reivindicações inclusivas e identitárias[23] revelaram uma sociedade multifária e pouco inclusiva

[22] Muitas transformações conceituais tiveram espaço no Constitucionalismo e na ampliação do sentido de acesso à justiça. Neste sentido, pondera Dworkin que "[...] Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo. São, não obstante, controversas quais as normas limitadoras são essenciais para a construção da democracia, não sendo, dessa maneira, reconhecidas como comprometendo ou subvertendo-a. É essencial para a democracia que às minorias seja garantida sua liberdade contra a discriminação privada em escolas e empregos, por exemplo? É essencial que às mulheres seja garantido o direito de aborto caso elas desejem, ou que aos homossexuais seja garantida a liberdade sexual? É essencial que seja garantido às pessoas um nível decente de serviços de saúde, habitação ou educação? Esses vários direitos não estão tão evidentemente conectados a procedimentos políticos equânimes como está o direito à liberdade de expressão e deve, por isso, parecer plausível que positivar quaisquer desses direitos numa Constituição que não possa ser emendada pela maioria seja um comprometimento da democracia, uma restrição ao direito legítimo da maioria de governar. Esse tema é, entretanto, mais complexo do que pode parecer à primeira vista e devemos reexaminá-lo" (DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Texto traduzido para fins acadêmicos por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, n. 3, 2013, p. 2-3).

[23] "Desta forma, longe de a importância do tema residir em meras discussões acadêmicas, o multiculturalismo deve erigir-se como temática prioritária para Estados que tenham como princípio fundante a dignidade do ser

RBDFJ51_MIOLO.indd 158 13/02/2025 10:04:38

quanto à abrangência de direitos civis.[24] A este tempo, ressentia-se de categorias jurídicas mais eficientes na regulação substancial da isonomia, pois a mera igualdade formal já não mais bastava para atender a complexidade de demandas que a sociedade já revelava. O significado da equidade como nivelador de assimetrias de direitos ganhou forte expressão. Mais do que reconhecimento pelo Direito, era também necessário fortalecer os mecanismos asseguradores da dignidade humana em toda sua extensão aos titulares dessas posições jurídicas.

Com o recrudescimento das críticas ao modelo jurídico forjado sobre a episteme liberal e heteronormativa, as novas pautas políticas identitárias e inclusivas problematizaram as bases teóricas do princípio da isonomia. Nesse contexto, o fortalecimento do discurso feminista, enquanto retórica dos direitos humanos das mulheres,[25] ganha um alcance ampliativo, adentrando a própria crítica ao Direito posto.[26]

humano. Isso porque não se pode conceber uma existência digna com a supressão da identidade própria do indivíduo ou, o que é muito comum, a sua submissão a um padrão cultural hegemônico" (MALISKA, Marcos Augusto; SUZIN, Jederson. O direito à diversidade das comunidades indígenas. Multiculturalismo, direito à vida e infanticídio. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 5, n. 16, 2011, p. 165-181).

24 A inclusão de pautas políticas identitárias é característica deste momento, e os direitos das mulheres ascende neste cenário em uma perspectiva política e individual, com ênfase à liberdade sexual. "A concepção de movimentos sociais esteve, durante boa parte do tempo, associada aos movimentos de caráter revolucionário cujas ações e lutas políticas se enquadravam dentro de um espectro político frequentemente mais radical. Até os anos 70, era frequente a associação das lutas políticas dos movimentos sociais a um suposto quadro de luta de classes no interior das sociedades capitalistas – portanto, dentro de um contexto muito mais amplo, relacionado com o desenvolvimento das forças produtivas e das relações de produção existentes. Os movimentos sociais eram identificados basicamente como um produto da ação histórica da sociedade, ante as contradições do sistema capitalistas. [...]. Os 'novos' movimentos sociais seriam principalmente os movimentos pacifistas, das mulheres, ambientalistas, contra a proliferação nuclear, pelos direitos civis e outros. Tais movimentos, a maioria de base urbana, estavam bastante afastados do caráter classista dos movimentos sindical e camponês, atuando, não raras vezes, em cooperação com o sistema econômico e no escopo político das instituições vigentes. A diversificação dos movimentos sociais ocorreu em um processo intimamente ligado ao aprofundamento dos mecanismos e instituições democráticas nas sociedades ocidentais capitalistas" (MACHADO, Jorge Alberto S. Ativismo em rede e conexões identitárias: novas perspectivas para os movimentos sociais. *Sociologias*, ano 9, n. 18, 2007, p. 253).

25 "A terminologia Direitos Humanos das Mulheres assume validação no plano internacional com a realização de várias conferências em muitos países e adesão contínua destes Estados a vários acordos e tratados. Progressivamente, assenta-se o compromisso (trans)nacional da criação de pauta política para as mulheres, que ainda precisava de maior vetustez jurídica para o efetivo enfrentamento dos abismos de desigualdade comparativamente ao homem, bem como o asseguramento destas conquistas. Nesse sentido, várias conferências mundiais sobre mulher (México, 1975; Copenhague, 1980; Nairóbi, 1985; e Beijing,1995) e, em especial, a Cedaw (Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979). [...] Expressava-se, assim, uma das faces da experiência participativa das mulheres, propiciando instrumentos para a elaboração de programas e políticas públicas sensíveis à equidade de gênero" (PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, 2012, p. 41).

26 "O desenvolvimento desse processo, inclusive interno, produziu um conhecimento que não pode mais ser caracterizado como mera crítica ao malestream (Smart, 2000). No que se refere ao campo do direito, a crítica feminista vem desenvolvendo-se fortemente desde a década de 1970, sob diferentes perspectivas. A essa produção do conhecimento feminista refiro, aqui, como 'teoria feminista do direito'. Como se depreende, sob essa nomenclatura não se está a falar de uma 'grande' teoria explicativa ou de uma meta-narrativa feminista sobre o direito mas de um pensamento crítico sobre as epistemologias jurídicas e os fundamentos filosóficos que embasaram o pensamento jurídico ocidental na modernidade e cujos reflexos são visíveis ainda hoje" (CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei

RBDFJ51_MIOLO.indd 159 13/02/2025 10:04:38

Com algumas variações, as teorias feministas estruturaram um pensamento analítico sobre a rigidez do Direito, uma força sistêmica e retroalimentadora, capaz de revelar o que a força binária da concepção de gênero foi capaz de estruturar, eleger e oprimir.

> Se o gênero organiza a vida social, dá significado à dimensão do poder, estrutura a divisão sexual do trabalho, as doutrinas jurídicas são criadas em um contexto social permeado pelo gênero, por relações econômicas e raciais, pela divisão sexual do trabalho e pela subjetividade dos doutrinadores envolvidos no processo. Mas como opera o gênero no direito? [...] Atua, portanto, como uma estratégia criadora de gênero [...].[27]

Entretanto, em resposta ao impacto que o conceito de pluralismo trouxe à democracia, já nas últimas décadas do século XX, um dos maiores contributos da crítica feminista ao Direito foi o deslocamento do eixo discursivo, ao questionar quem formula e a quem atende as narrativas políticas que serão agasalhadas pelo Direito. Quem é o sujeito referido e quem é o referente?[28]

Com efeito, permitiu-se a análise do fenômeno jurídico em um sentido não monocular, mas através da (re)construção de uma nova episteme. Assim, ao enfraquecer da *doxa* androcêntrica, pilar da heteronormatividade, foi possível cambiar estas condições de referido e referente, dinamizando as narrativas políticas e jurídicas. Agora é possível (re)configurar o sujeito referência dentro do sistema jurídico e fora dele, trazendo a experiência deste sujeito referido para aliar novas referências na construção do fenômeno jurídico.[29]

Maria da Penha. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-2).

27 CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4).

28 "El abordaje de la subjetividad femenina, en tanto construcción social, requiere del estudio de una dimensión ineludible pero no por ello excluyente que es la del discurso. Es en este aspecto, entonces, que un método preciso, en términos lingüísticos, pero al mismo tiempo lo suficientemente amplio y flexible, puede constituir una de las herramientas que contribuya a los estudios del género" (PÉREZ, Sara; ZULLO, Julia. Subjetividad, discurso y género: una propuesta metodológica. *In*: RAITER, Alejandro e outros. *Discurso y Ciencia Social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1999, p. 91).

29 Relacionando as grandes referências teóricas neste sentido, Carmen Hein alia que "As mulheres são diversas e plurais e o gênero entrecruza-se com outras categorias, como raça/etnia, geração, sexualidade e capacidade, construindo um sujeito complexo e plural. [...] Essa nova realidade pressupõe a instabilidade das categorias analíticas e a aceitação de um consequente desconforto teórico (HARDING, 1996). No entanto, a instabilidade do sujeito feminista traz consigo a possibilidade de deslocamento discursivo" (CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5).

RBDFJ51_MIOLO.indd 160 13/02/2025 10:04:38

Trata-se de trazer para o próprio campo epistemológico uma maior amplitude cognitiva, que aborda a dimensão corpórea e sensitiva em novas evidências. Nesse propósito, também se questiona toda valoração afeta à construção de um sujeito racional, universal e capaz de conhecimento objetivo. Sagra-se, assim, um espaço de recepção ao âmbito privado, pleno de relações paradoxais e complexas. E, ausentes os pruridos da neutralidade, o acesso às influências tecidas pela fluidez do neoconstitucionalismo mobilizou a visibilidade de um feminino heterogêneo, que ressoa ao longo da cultura.

Consequência desta técnica foi, exemplificativamente, o reconhecimento constitucional da necessidade da gestão pública dos casos de violência doméstica, deslocando-a do âmbito privado, tradicional espaço de sua autorregulação. Neste sentido, formou-se uma articulada disputa discursiva sobre os limites das distinções entre as esferas públicas e privada, pois a essência das narrativas feministas giravam em torno da predicação de que *o pessoal é político*.[30] E, sendo assim, o político deverá ser matizado por uma perspectiva plural, instável e inclusiva, agregando novas referências. Na crítica feminista, essa consideração deve basear-se na experiência das mulheres, no sentido de conferir um lugar de fala para uma nova posição a ser ocupada na gestão do conflito que as insere, de referido a referência.

Essa é a tônica da epistemologia constitucional sob o olhar inclusivo feminista. Nessa rubrica, propõe-se, inicialmente, o reconhecimento da vivência em um ambiente cultural e jurídico pautado pela heteronormatividade. Mais. Sugere-se reflexões estruturais na detecção de mecanismos de controle e subjugação que nortearam a compreensão do fenômeno jurídico, induzindo uma conformidade rígida na percepção seletiva do que seja constitucionalmente fundamental colher, tutelar e normatizar.

> [...] além disso, se consideramos que as mulheres trazem uma experiência histórica e cultural diferenciada da masculina, ao menos até o presente, uma experiência que várias já classificaram como das margens, da construção miúda, da gestão do detalhe, que se expressa na busca de uma nova linguagem, ou na produção de um contradiscurso, é inegável que uma profunda mutação vem-se processando também na produção do conhecimento científico.[31]

[30] CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7.

[31] Considerando, também, a profusão de epistemologias feministas, RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Org.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Mulheres, 1998, p. 25-37.

RBDFJ51_MIOLO.indd 161 13/02/2025 10:04:38

Importante registrar que um espaço constitucional mais poroso é a ambiência fecunda para a dinamização desse processo epistemológico de alteração estrutural no sujeito referente e nas narrativas normatizadas.[32] A abordagem neoconstitucionalista, advertida da atuação, deliberada ou não, de ascendência heteronormativa, contribui para o exercício de uma nova reeducação cognitiva, sugerindo um multiprotagonismo na construção de uma sociedade reconhecidamente instável e aberta.[33]

No caso específico da aprovação da Lei Maria da Penha,[34] enquanto normatização que desenvolveu o sentido promocional do art. 226, §8º da Constituição Federal,[35] percebe-se a importância que a epistemologia feminista legou aos

[32] FRANCO, Jairo Vladimir Llano. Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados. *Verba Iuris*, n. 38, 2017, 24-26.

[33] É neste cenário de forte especulação teórica sobre os critérios inclusivos que a Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, afirma-se no Brasil como marco normativo tutelar dos direitos das mulheres, dinamizando, enfim, no plano legislativo interno, a eficácia do art. 226, §8º da Constituição Federal. E, sob apelo do discursivo feminista, percebeu-se o expressivo engajamento de mulheres na produção do texto do anteprojeto. As agências que integraram o Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas eram compostas por juristas, sociólogas, cientistas sociais que analisavam o fenômeno da violência contra a mulher em suas esferas de exclusão social, como a política, no ambiente de trabalho, etc. Com a previsão expressa do enfrentamento à violência doméstica na Constituição Federal (art. 226, §8º), houve um incremento na atenção desta específica forma de violência, movimentando os estudos estatísticos, linguísticos, performance dos atores da Justiça, composição dos Sistemas de Poder bem como das narrativas utilizadas nos processos. Aqui, à resistência ao tratamento jurídico a este tipo de violência, verificou-se uma forte nota heteronormativa na gestão processual das discussões, seja pela eliminação da fala das mulheres (pelo decantado recurso de descredibilidade pela "palavra da vítima"), seja pela fulminação da lide através de roteiros simplificadores da negociação penal dispostos à época, como a Lei nº 9.099/95. Houve, portanto, uma intensa atividade de coleta de dados bem como aperfeiçoamento acadêmico que forcejaram uma percepção do fenômeno da violência doméstica e íntima sob um viés de subversão da análise tradicional do fenômeno jurídico. Se é verdade que na elaboração do Código Penal apenas homens participaram da narrativa de temáticas às mulheres como referidas tal qual a violência sexual, conceito de mulher honesta, etc., nestes estudos houve a participação efetiva de mulheres e de escuta de suas percepções do conflito íntimo. "As organizações envolvidas no Consórcio foram fundadas entre os anos 1989 e 2001: Cfemea (1989), Cepia (1990), Themis (1993), Cladem (1995), Agende (1998) e Advocaci (2001). Tratam-se de instituições que acumularam, ao longo dos anos 1990, *expertise* jurídica nas áreas dos direitos humanos e da mulher, além de possuírem acesso às arenas formais globais e nacionais (Maciel, 2011). Suas atividades de trabalho incluem: consultoria técnica em projetos e ações específicas, ao lobby no Legislativo e Executivo federais, à propositura de projetos de lei e de políticas públicas de igualdade de gênero e a capacitação de agentes estatais das redes de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual" (CARONE, Renata Rodrigues. *Como o movimento feminista atua no Legislativo federal*? – Estudo sobre a atuação do Consórcio de ONGs feministas no caso da Lei Maria da Penha. Dissertação de Mestrado em Ciência Política na Universidade de Campinas. Campinas: Unicamp, 2017, p. 79).

[34] A Lei nº 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

[35] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

RBDFJ51_MIOLO.indd 162 13/02/2025 10:04:38

comandos plurais advertidos pelo neoconstitucionalismo, nesta específica percepção da problemática das desigualdades entre homens e mulheres.[36]

A vocação plural, abrangente e metodologicamente feminista revelou uma perspectiva de gênero à análise do fenômeno jurídico em aberta defesa aos direitos da mulher. Assim, temas como a (des)criminalização do aborto, a apologia às *performances* binárias de gênero, etc., figuram como campos abertos a uma abordagem que requer, pelo seu conteúdo, problematização conceitual.

É nesse contexto que a perspectiva de gênero ingressa na compreensão do fenômeno jurídico amiúde, pela via da epistemologia constitucional feminista: uma metodologia de incremento axiológico do valor igualdade substancial ao Direito. Tal perspectiva ampliou o espaço cognitivo relacionado ao fenômeno jurídico como um todo, exemplificativamente, com a elaboração da Teoria Feminista do Direito.[37] Também relevou a importância da diversidade nas composições dos espaços relacionados aos Sistemas de Justiça e às diversas normatizações infraconstitucionais.

A adoção da perspectiva de gênero na concretização de direitos também implica no reconhecimento de fatos (novos) sob a incidência valorativa da diversidade, hábil a reproduzir *novas tutelas*.[38]

A funcionalização concreta do conteúdo normativo da igualdade requer análise estruturante dos critérios que moldaram sua feição jurídica. Aqui, entra em debate os níveis de acessibilidade que a construção do constitucionalismo logrou a determinados Estados. A abordagem plural e aberta que muitas Constituições alcançaram ao longo de sua afirmação cívica contribui para o processo de perspectivas mais amplas e participativas do fenômeno jurídico, precisamente, no que toca à temática dos direitos das mulheres. Efetivamente, quanto maior for a autorização normativa do conteúdo constitucional para adesão a novas epistemologias inclusivas, menores serão as chances de ultrapassadas *doxas* de senso comum conformarem a percepção do fenômeno jurídico e alijando os direitos das mulheres.

[36] De registro a menção expressa ao seu raio de incidência a todas as mulheres, em sentido singular e em qualquer arranjo familiar. Neste sentido, os arts. 5º ao 7º da Lei nº 11.340/2006.

[37] NIELSSON, Joice Graciele. Teoria feminista e ação política: repensando a justiça feminista no Brasil na busca pela concretização de direitos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 2, 2019, p. 165-192.

[38] Exemplificativamente, os reconhecidos direitos reprodutivos, a "descriminalização progressiva" do aborto, dentre outras novas tutelas (PELLEGRINELLO, Ana Paula. *A Tutela dos Direitos Fundamentais das mulheres na reprodução humana assistida no Brasil*: autonomia existencial e condição feminina. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil – Centro Universitário. Curitiba: UniBrasil, 2014).

RBDFJ51_MIOLO.indd 163 13/02/2025 10:04:39

Considerações finais

As Revoluções Liberais do século XVIII dinamizaram um constitucionalismo associado à emergência dos ideários burgueses de valorização à liberdade individual e limitação à atividade inerente do Estado. Nesse sentido, a produção normativa, a partir de então, foi fortemente influenciada por tais ideias de matriz liberal. O paradigma individualista teceu um contexto político androcêntrico e pouco plural, insinuando uma epistemologia jurídica que à normatização concreta plasmou-se.

Nesse estado das coisas, o próprio desenvolvimento do liberalismo e as decorrentes erosivas à igualdade que tal avançar imprimiu ao cenário social, trataram de denunciar o apelo à presença mais ativa no Estado. Tornava-se necessário que ações promocionais agregassem equilíbrio às esferas jurídicas, regulando direitos e à própria visibilidade de grupos historicamente marginalizados. É nesse contexto de profundas transformações sociais que as reivindicações feministas elaboram uma consistente pauta política, além de uma forte crítica ao Direito posto, denunciando o contexto heteronormativo que colheu suas prescrições normativas.

Na esteira desta (re)formulação e crise discursiva, as questões que afetam as diferenciações entre homens e mulheres são analisadas sob um contexto sociológico, investigando a consistência estruturante dos desníveis que teceram essas abissais desigualdades, sentidas nas relações privadas e públicas. A par desses estudos, o conceito político de gênero abre um fecundo espaço especulativo capaz de revelar uma imbricada teia de sobrepostas relações de domínio e subjugação que enredaram indivíduos, sob uma justificativa de regularidade naturalizada. Sob estes ensaios, verifica-se que a binarização arbitrária, que modelou *performances* subjetivas a serem reproduzidas acriticamente, forcejou um contributo para a precarização da própria autodeterminação individual, com evidentes reflexos na projeção pública.

A crise nas bases rígidas da heteronormatividade e, ao mesmo tempo, a emergência de uma abordagem plural, aliada a novas pautas inclusivas e identitárias, no avançar do século XX, proporcionaram uma ressignificação da feição estatal e sua atuação na gestão dessas novas questões. O alcance plural e participativo que o (neo)constitucionalismo imprime ao conceito de democracia favorece uma abertura epistemológica que os discursos feministas incrementarão com novas perspectivas. Tais perspectivas restam aliadas à diversidade e à própria crítica ao Direito posto, denunciando sua matriz androcêntrica.

Nesse ambiente constitucional tendente a maior abertura, mas advertido de atavismos e vícios de uma *doxa* de senso comum, novos horizontes inclusivos encontram na epistemologia feminista um espaço de novas construções para a análise do fenômeno jurídico. Aqui, a adoção da perspectiva de gênero na

RBDFJ51_MIOLO.indd 164 13/02/2025 10:04:39

concretização de direitos assume uma função metodológica na análise dos fatos, nas narrativas, na representatividade dos atores dos sistemas de justiça bem como no deslocamento do eixo discursivo tradicional. A abertura de uma nova configuração cognitiva para a reconstrução garantista do Direito ingressa na percepção dos fatos, proporcionando a efetivação de uma epistemologia mais comprometida com os reais propósitos de promoção da liberdade e dignidade da pessoa humana.

For a feminist constitutional epistemology: from the influence of androcentric doxa to the adoption of the gender perspective

Abstract: The liberal and androcentric origin of modern western constitutionalism forged an environment conducive to the understanding of law largely influenced by common sense doxas, which normalized arbitrary inequalities between men and women. In the middle of the 20th century, however, new perspectives that included and scaled the meaning of substantial equality, impacted gender studies, placing the need for an epistemological review of the legal phenomenon, in favor of equity and pluralism. How were these perceived inequalities shaped, if detected in a historical context of prestige to individual freedoms? How structuring are these arbitrary discriminations and on what foundations are these justifying narratives based? Was the absence of a perception of the socio-political phenomenon of gender decisive for weaving a legal reality lacking an isonomic and, effectively, democratic approach for men and women? The research method is a bibliographical review, with the objective of approaching the central point of the discussion: it is possible, in the current constitutional scenario, the development of a feminist epistemology, guaranteeing the substantial isonomy of men and women, through the analysis of the law from a gender perspective?

Keywords: Constitutionalism. Pluralism. Feminism. Genre. Androcentrism.

Contents: Introduction – **1** The paradox of modern constitutionalism: 'different but equal' – **2** The impact of the politicization of gender on the androcentric doxa: the crisis of heteronormativity – **3** The constitutional construction of the feminist episteme and the gender perspective – Conclusion – References

Referências

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. "Lobby do Batom": uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, v. 3, n. 5, p. 72-85, 2013.

ARAUJO, Maria da Conceição Pinheiro. O golpe no gênero: rompendo o silêncio, enredando a resistência. *In*: ARAUJO, Maria da Conceição Pinheiro; LIMA, Antonia Rosane Pereira (Org.). *Censura e silenciamento*: a literatura de autoria feminina em questão. Alagoinhas: Bordô-Grená, 2019. p. 17-33.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017.

CABRAL, Maria Walkíria; MACEDO, Luíza de Souza Lima. Os feminismos como (des)construção dos Direitos Humanos: a importância de filósofas modernas na resistência ao iluminismo misógino. *Fronteiras & Debates*, v. 7, n. 2, p. 113-125, 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RBDFJ51_MIOLO.indd 165 13/02/2025 10:04:39

CARONE, Renata Rodrigues. *Como o movimento feminista atua no Legislativo federal*?: estudo sobre a atuação do Consórcio de ONGs feministas no caso da Lei Maria da Penha. Dissertação de Mestrado em Ciência Política na Universidade de Campinas. Campinas: Unicamp, 2017.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Texto traduzido para fins acadêmicos por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, n. 3, 2013.

FRANCO, Jairo Vladimir Llano. Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y derechos diferenciados. *Verba Iuris*, n. 38, 2017.

FRANKLIN, Karen. Os conceitos de Doxa e Episteme como determinação ética em Platão. *Educar em Revista*, n. 23, 2004.

GOUGES, Olympe de. *Avante, Mulheres*! Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã e outros textos. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2020.

HITA, Maria Gabriela. Masculino, feminino, plural. *Cadernos Pagu*, n. 13, 1999.

MACHADO, Jorge Alberto S. Ativismo em rede e conexões identitárias: novas perspectivas para os movimentos sociais. *Sociologias*, ano 9, n. 18, 2007.

MACHADO, Monica Sapucaia *et al*. Cidadania e participação das mulheres: um direito individual ou social? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, n. 3, 2018.

MALISKA, Marcos Augusto; SUZIN, Jederson. O direito à diversidade das comunidades indígenas. Multiculturalismo, direito à vida e infanticídio. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 5, n. 16, 2011.

NIELSSON, Joice Graciele. Teoria feminista e ação política: repensando a justiça feminista no Brasil na busca pela concretização de direitos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 2, 2019.

NOREK, Ayssa; FAÇANHA, Caroline. Fissuras de vida em clausura: a ruptura do silêncio em "Amor" e "Bliss". *In*: ARAUJO, Maria da Conceição Pinheiro; LIMA, Antonia Rosane Pereira (Org.). *Censura e silenciamento*: a literatura de autoria feminina em questão. Alagoinhas: Bordô-Grená, 2019. p. 93-104.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Para uma crítica da razão androcêntrica: gênero, homoerotismo e exclusão da ciência jurídica. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, v. 25, n. 48, 2004.

PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Org.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Mulheres, 1998.

PELLEGRINELLO, Ana Paula. *A Tutela dos Direitos Fundamentais das mulheres na reprodução humana assistida no Brasil*: autonomia existencial e condição feminina. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil – Centro Universitário. Curitiba: UniBrasil, 2014.

PÉREZ, Sara; ZULLO, Julia. Subjetividad, discurso y género: una propuesta metodológica. *In*: RAITER, Alejandro e outros. *Discurso y Ciencia Social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1999.

PEROSA, Graziela Serroni. A aprendizagem das diferenças sociais: classe, gênero e corpo em uma escola para meninas. *Cadernos Pagu*, n. 26, 2006.

PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, 2012.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (Org.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Mulheres, 1998.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar* de fala? Belo Horizonte: Letramento, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

RBDFJ51_MIOLO.indd 166 13/02/2025 10:04:39

SAMÕES, Juliana Paiva Costa. *Epistemologias e hermenêuticas jurídicas feministas*: o gênero como categoria analítica dos princípios da igualdade e da dignidade das mulheres. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: UFBA, 2020.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Qu'ést-ce que le Tiers État? Tradução de Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Ticiane Louise Santana; MALISKA, Marcos Augusto. Por uma epistemologia constitucional feminista: da influência da doxa androcêntrica à adoção da perspectiva de gênero. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 147-167, jul./dez. 2024.

Recebido em: 17.12.2022
Pareceres: 06.06.2023, 20.06.2024
Aprovado em: 21.06.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 167 13/02/2025 10:04:39

RBDFJ51_MIOLO.indd 168 13/02/2025 10:04:39

O STF E OS IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DA COVID-19

Daniel Wei Liang Wang

Professor de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo. Doutor em Direito pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Filosofia e Políticas Públicas pela LSE. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Ciências Sociais pela USP. Bacharel em Direito pela USP. *E-mail*: daniel.wang@fgv.br.

Ezequiel Fajreldines dos Santos

Mestre e Doutor em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, com apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade da Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Laboratório de Dados e Pesquisa Empírica da FGV Direito SP. *E-mail*: ezequiel.santos@fgv.edu.br.

Ana Luiza Gajardoni de Mattos Arruda

Doutoranda em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, com apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, com apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da FAPESP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora da Sociedade Brasileira de Direito Público. *E-mail*: analuizag.arruda@gmail.com.

Bruno da Cunha de Oliveira

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, com apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da Bolsa CAPES-PROSUP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Núcleo de Saúde do Centro de Gestão e Políticas Públicas do Insper. *E-mail*: bruno.dcdo@gmail.com.

Gabriela Tiemi Moribe

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, com apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *E-mail*: gabrielamoribe@gmail.com.

Leonardo Nochang Heck

Doutorando em Ciência Política na Universidade de Hamburgo (Alemanha), com bolsa do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da CAPES. Bacharel em Direito pela USP. *E-mail*: leonardo.nochang@gmail.com.

Gabriela Fischer Armani

Doutoranda em Ciência Política em Harvard University e Presidential Scholar na mesma universidade. Mestra em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da FAPESP e do CNPq. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora associada do grupo de pesquisa Judiciário e Democracia (Departamento de Ciência Política da USP). *E-mail*: gabrielafarmani@gmail.com.

RBDFJ51_MIOLO.indd 169 13/02/2025 10:04:39

Luiz Fernando Gomes Esteves

Professor assistente do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador Associado do grupo de pesquisa Constituição, Política e Instituições (Faculdade de Direito da USP). Membro do grupo de pesquisa Judiciário e Democracia (Departamento de Ciência Política da USP). *E-mail*: luizfge@insper.edu.br.

Marcela Pereira Pedro

Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP).
E-mail: marcelappedro@gmail.com.

Resumo: A pandemia da Covid-19, além do seu devastador impacto sobre a saúde da população, também trouxe uma grave crise econômica e social. O presente artigo trata sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) relativa a medidas governamentais para reduzir o impacto econômico e social da pandemia. Com o auxílio da ciência de dados e da inteligência artificial, foi realizada coleta sistemática e exaustiva da jurisprudência da Corte sobre esse assunto. Essas decisões foram classificadas dentro dos seguintes temas: moradia, assistência social, operações policiais, fornecimento de energia elétrica, serviços privados de educação e saúde, e legislação trabalhista e FGTS. A partir dessa classificação, o artigo busca coletar, organizar e descrever qualitativamente o material selecionado para entender como o STF lidou com o desafio de, por um lado, oferecer proteção social a grupos vulneráveis afetados pela pandemia e, por outro, evitar tomar decisões de grande impacto econômico e orçamentário.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Covid-19. Crise social e econômica. Pobreza. Ciência de dados.

Sumário: **1** Introdução – **2** Metodologia – **3** Resultados – **4** Discussão – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Até o final de 2021, a pandemia da Covid-19 levou à morte mais de 600.000 pessoas no Brasil, a segunda maior taxa de letalidade no mundo em termos absolutos e entre as dez maiores por milhão de habitantes (MATHIEU *et al.*, 2020). Além do impacto sobre a saúde, a pandemia e muitas das políticas necessárias para conter seu avanço tiveram enormes impactos econômicos e sociais: recessão econômica, desemprego, aumento da pobreza e crescimento do déficit público. Em números concretos, o PIB brasileiro de 2020 retraiu 4,1% em comparação com 2019 (IMF, 2021). Em 2020, 19 milhões de pessoas enfrentaram fome, agravando significativamente o quadro de insegurança alimentar em comparação com anos anteriores (REDE PENSSAN, 2022). Em 2021, a taxa de desemprego chegou a 14,7%, a maior desde 2012 (BARROS, 2021).

RBDFJ51_MIOLO.indd 170 13/02/2025 10:04:39

No Brasil, assim como em outros países, diversas políticas foram propostas e implementadas para buscar atenuar os impactos econômicos e sociais durante a crise sanitária. Medidas de proteção social também têm efeitos na saúde da população e impactam a efetividade de medidas sanitárias de combate à pandemia. O risco de contágio aumenta significativamente para pessoas sem condições adequadas de habitação, higiene e saneamento básico (AHMAD *et al.*, 2020, p. 2). Além disso, programas de manutenção de renda aumentam a probabilidade de que medidas de distanciamento social sejam observadas por trabalhadores, que não terão que enfrentar o dilema entre se proteger do vírus ou alimentar suas famílias. Em síntese, e como concluíram Greer *et al*. (2021, p. 616) com base em uma comparação das respostas de 77 países à pandemia: políticas de saúde dependem de políticas sociais.

Contudo, as medidas de combate aos efeitos econômicos e sociais da pandemia foram objeto de bastante disputa política. De um lado, por sua insuficiência frente à dimensão da crise social e econômica causada pela pandemia. De outro, por divergências sobre a melhor forma de responder às mudanças, e pelos ônus significativos dessas medidas para o Estado e para certos grupos privados. Em um país como o Brasil, com alta litigiosidade judicial, inclusive em matéria de políticas sociais, seria esperado que muitos desses conflitos chegassem ao Judiciário. Dado o papel central desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nesse cenário de alta judicialização (VIEIRA, 2008), seria previsível que, também no contexto da pandemia, ele acabaria assumindo o papel de árbitro das questões mais relevantes relacionadas às medidas voltadas a combater seus impactos econômicos e sociais.

O papel do STF durante a pandemia da Covid-19 já foi objeto de diversos estudos. É vasta a produção focada no papel do Tribunal na resolução de disputas federativas e no controle das ações e omissões do governo federal em relação a medidas sanitárias para o controle da pandemia, como o distanciamento social e vacinação (GOMES; CARVALHO; BARBOSA, 2020; CUNHA; ALMEIDA; FERRARO, 2021; GLEZER; BARBOSA; CADEDO, 2021; GLEZER, 2021; MAZZUOLI; FRAZÃO; 2021; OLIVEIRA; MADEIRA, 2021; LEONI, 2022; WANG *et al.*, 2023a). Há também estudos sobre como o STF lidou com os riscos da pandemia no sistema carcerário (HARTMANN *et al.*, 2020; WANG *et al*. (2023b) e WANG *et al*. (2024) e sobre a sua jurisprudência em matéria de orçamento e finanças públicas durante a pandemia (WANG; ESTEVES; ARMANI, 2023).

Por outro lado, a atuação do STF em face de medidas para enfrentar os impactos econômicos e sociais da Covid-19 tem recebido menos atenção da literatura, com exceção de análises que focam em políticas ou decisões específicas, como os trabalhos sobre o direito à moradia (ALVES *et al.*, 2021; GAIO; MESQUITA

RBDFJ51_MIOLO.indd 171 13/02/2025 10:04:39

FILHO, 2023; QUINTANS; TAVARES; VIEIRA, 2023) e sobre direitos trabalhistas (DIAS; TEDESCO, 2021). Falta, porém, um estudo mais abrangente sobre o tema, que mostre (i) quais questões relativas aos impactos econômico e social da pandemia foram julgadas pelo STF, (ii) se a corte se mostrou disposta a controlar as ações e omissões dos outros poderes para intervir nos rumos das políticas e (iii) se, ou como, o contexto da pandemia foi relevante na fundamentação das suas decisões, seja para justificar a concessão ou a não concessão de um pedido. O presente artigo busca suprir essa lacuna na literatura. Este é um estudo que contribui também para discussões sobre como o STF lida com a tensão criada por demandas judiciais que buscam a efetivação de direitos sociais, mas que podem ter impactos sistêmicos, efeitos distributivos e custos de oportunidade sobre os quais a corte tem pouco conhecimento e controle. Essas demandas antecedem a pandemia. Mas as tensões que criam são potencializadas em um contexto em que os problemas socioeconômicos são mais urgentes e os conflitos distributivos mais dramáticos, e onde havia grande incerteza e mudanças rápidas no cenário fático e nas políticas públicas.

Com auxílio da computação, fez-se um levantamento sistemático e exaustivo da jurisprudência do STF sobre Covid-19 durante o período de janeiro de 2020 a junho de 2021. Esse material foi, então, organizado e classificado em torno de temas. Entre todas as decisões mapeadas, este artigo analisará apenas aquelas que se referem a medidas do Estado, em seu papel de prestador de assistência/serviços ou de regulador da economia, para combater ou atenuar o impacto econômico e social da pandemia sobre a população. Essas decisões foram classificadas em seis temas: moradia, assistência social, fornecimento de energia elétrica, serviços privados de educação e saúde, legislação trabalhista e FGTS.

A coleta sistemática e exaustiva (com critérios claros de busca e seleção dos julgados para permitir a replicabilidade) tem a vantagem de evitar o *cherry-picking*, isto é, a escolha de decisões com base no julgamento dos autores sobre quais decisões são mais relevantes e interessantes, ou buscando os casos que ajudem a subsidiar ou falsear uma tese. Também evita análises baseadas em decisões que são mais conhecidas, mas que não necessariamente são representativas de toda a atuação da Corte em um determinado assunto. Dito isso, e dada a natureza qualitativa da análise neste texto, é inevitável algum grau de julgamento com relação ao nível de destaque e espaço dado a diferentes decisões neste artigo. Porém, o fato de que todos os casos dentro dos temas selecionados estejam descritos na seção “Resultados” permite o escrutínio e a crítica com relação às escolhas feitas.

Cabe, ainda, ressaltar que devido às grandes diferenças entre as decisões em termos de pedidos e assuntos, a análise neste texto não se centrará em dados quantitativos. Ao invés de codificar textos e transformá-los em dados numéricos,

RBDFJ51_MIOLO.indd 172 13/02/2025 10:04:39

optou-se por descrever cada decisão, tentando entender a questão levada para o STF e como ela foi decidida. Toda pesquisa enfrenta um *trade-off* entre a amplitude do material e a profundidade da análise. A escolha neste artigo por analisar qualitativamente um número grande de decisões limita o grau de profundidade da discussão em relação a cada um deles. Porém, permite entender a atuação do STF de forma mais transversal e abrangente para observar alguns padrões no conjunto das decisões que seriam difíceis de capturar a partir de estudos qualitativos segmentados ou quantitativos. Em outras palavras, troca-se a densidade da análise de cada decisão em benefício da completude e densidade da análise dos temas aos quais as decisões pertencem.

Essa é uma escolha consciente e feita tendo em mente a lacuna da literatura que se busca preencher. A abordagem neste texto aproxima-se do que Hall e Wright (2008) classificaram como uma pesquisa exploratória/descritiva de jurisprudência, que eles comparam ao trabalho de um naturalista explorando e mapeando uma paisagem desconhecida.

Como será discutido ao longo do texto, a busca do STF pelo equilíbrio entre satisfazer as demandas sociais que lhe chegaram, de um lado, e não onerar excessivamente o orçamento público ou gerar ineficiência econômica ou injustiça, de outro, pode de fato ser notada. Ela é aparente tanto na análise das decisões tomadas pelo tribunal em relação a temas específicos quanto em uma análise transversal dos diferentes temas abordados na presente pesquisa.

2 Metodologia

A primeira etapa da pesquisa foi constituir um banco de dados a partir da coleta sistemática e exaustiva das decisões do STF relacionadas à Covid-19 entre 15.01.2020, quando foi registrada a primeira decisão relacionada à Covid-19, e 23.06.2021, quando se encerrou a coleta dos dados. Este período abarca as duas "ondas" mais letais da Covid-19 no Brasil. Ele também cobre o período posterior à introdução das vacinas, que permitiu o arrefecimento da crise sanitária e a diminuição das medidas não farmacológicas com maior impacto sobre a economia, como o fechamento de comércio e serviços.

Para isso foi elaborado um programa escrito em *python* que realiza consultas automatizadas na ferramenta de pesquisa de decisões do *site* do STF, aplicando os termos "corona", "covid" e "pandemia". A utilidade desse programa é reproduzir (com mais eficiência e menor risco de erro humano) o resultado de uma consulta manual, organizando os resultados em um único arquivo, superando as duplicidades entre as múltiplas consultas. Essa coleta resultou em 5.841 decisões incluídas.

RBDFJ51_MIOLO.indd 173 13/02/2025 10:04:39

A etapa seguinte foi organizar o material. Para isso, foram aplicados algoritmos de aprendizado de máquina não supervisionado, que dividem as decisões em grupos de documentos (*clusters*), de acordo com padrões encontrados no conjunto de palavras que compõem as decisões. Os algoritmos não classificam o material empírico, apenas agrupam documentos com conteúdo semelhante. Feito isso, a equipe de pesquisa analisou uma amostra dentro de cada grupo de documento para dar um rótulo temático a cada *cluster* e avaliar a homogeneidade temática dentro de cada um. Em um primeiro momento, já foi possível separar 4.702 decisões que versavam sobre direito penal e 1.139 que não versavam sobre direito penal.

Para este segundo grupo, foi realizada uma nova rodada de classificação com os algoritmos, para segmentações mais granulares dentro desse segundo grupo. Assim, o algoritmo realizou novo agrupamento de decisões e houve sucessivas interações entre o algoritmo e a equipe de pesquisa que atribuíam um rótulo (tema)[1] para decisões e excluíam os falsos positivos (casos que não possuem relação substancial com a pandemia), os casos em segredo de justiça e aqueles referentes a andamentos processuais, chegou-se a um conjunto de *clusters* com maior precisão na classificação.[2]

Uma vez que as decisões estavam divididas em grupos, e cada grupo tinha seu tema identificado, as decisões foram então reagrupadas em categorias maiores. Uma delas reúne decisões que versam sobre medidas para combater ou atenuar o impacto econômico e social da pandemia, distribuídas dentro dos seguintes temas: moradia, assistência social, fornecimento de energia elétrica, serviços privados de educação e saúde, legislação trabalhista e FGTS.[3] É esse o material trabalhado no presente artigo. No total, 131 decisões são analisadas (ver Anexo), que representam todas as decisões sobre os temas indicados acima.

Conforme justificado na Introdução, a análise será sobretudo qualitativa. Todas as decisões relacionadas com cada um dos temas serão descritas buscando mostrar

[1] No processo de leitura e codificação do material, havia um campo para especificar o assunto central de cada decisão. Inicialmente, o campo era de preenchimento livre, de acordo com a avaliação de cada pesquisador(a). Posteriormente, de forma indutiva, foram identificados temas maiores que englobam diversos assuntos. As decisões, então, foram recodificadas de acordo com esses temas. Vale ressaltar que o algoritmo identifica que decisões são semelhantes entre si, mas não articula uma explicação do porque elas são semelhantes. Por isso, cabe aos pesquisadores atuar em conjunto com o algoritmo para entender a classificação e melhorá-la.

[2] O algoritmo identifica que decisões são semelhantes entre si, mas não articula uma explicação do porque elas são semelhantes. Por isso, cabe aos pesquisadores atuar em conjunto com o algoritmo para entender a classificação e melhorá-la. O algoritmo tem como função facilitar a classificação dos casos, mas não realizar uma classificação objetiva e definitiva.

[3] Optamos por não incluir na análise duas ações que discutiam a realização de operações policiais em comunidades (ADPF 635) e a alocação de contingentes da Força de Segurança Nacional em determinados estados (STP 480). Apesar de se tratar de um direito social, entendemos que os debates sobre a segurança pública no contexto das duas ações eram muito diferentes dos debates travados nos outros temas objeto do artigo. Decisões relacionadas a medidas de saúde contra Covid-19 (distanciamento social, vacinação, leitos de UTI, etc.) e finanças públicas (dívidas de ente com União, precatórios, etc.) foram objeto de análise em outros textos.

RBDFJ51_MIOLO.indd 174 13/02/2025 10:04:39

o objeto da disputa, o que o STF decidiu, e como ele fundamentou sua decisão. As menções ao contexto da pandemia na fundamentação serão destacadas. A descrição densa e completa dentro de cada tema, e a comparação entre diferentes temas, busca identificar padrões, que serão apresentados na Discussão.

Por fim, vale esclarecer que nesta pesquisa o uso de algoritmos de inteligência artificial foi apenas para fins de automação de tarefas já consideradas mecânicas (como a navegação dos resultados da busca de jurisprudência) e organização do material empírico em interação com a equipe de pesquisa. A produção de informações – a classificação final dos casos, a análise do conteúdo e as reflexões sobre as decisões – foram realizadas pelos membros da pesquisa sem o auxílio da inteligência artificial.

3 Resultados

Das 131 decisões sobre medidas de resposta aos impactos sociais e econômicos da pandemia, 77 foram proferidas em 2020 (entre março e dezembro) e 54 em 2021 (entre janeiro e 23 de junho); 108 foram decisões monocráticas e 23 colegiadas, tendo 21 sido decididas pelo Plenário do STF e 2 pela 2ª Turma. As principais classes processuais encontradas foram ADI (38), ADPF (23), Rcl (20) e STP (20).

Os casos não foram divididos de maneira equilibrada entre os ministros. Enquanto Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Marco Aurélio decidiram mais de 20 casos, com exceção dos ministros Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso, todos os demais ministros relataram menos de 10 casos da amostra. A distribuição dos casos entre os temas aparece na Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 – Distribuição das decisões analisadas por tema

Tema	Contagem de Tema
Assistência social	44
Legislação trabalhista	27
Moradia	25
Fornecimento de energia elétrica	24
FGTS	4
Ensino privado	4
Planos de saúde	3
Total Geral	**131**

RBDFJ51_MIOLO.indd 175 13/02/2025 10:04:39

3.1 Direito à moradia

Até o advento das vacinas, o combate à crise da Covid-19 dependia principalmente das medidas de isolamento social. Porém, para que o lema "fique em casa" faça sentido, pressupõe-se um lugar fixo, adequado e seguro para morar (FIRPO; TAVOLARI, 2021, p. 60; TAVOLARI, MENDONÇA, ROLNIK, 2022). Nesse sentido, é relevante entender como foram decididas as questões relativas à moradia no STF.

Entre as decisões inseridas no banco de dados, esse tema aparece em discussões sobre limites às ações possessórias, como reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções, no contexto da pandemia. Essas decisões foram divididas em dois conjuntos de análise: ações possessórias gerais e ações relacionadas a populações indígenas. Em ambos os grupos, a discussão focou na legalidade de despejos durante a pandemia.

3.1.1 Ações possessórias gerais

Durante o ano de 2020, a norma mais relevante sobre direito à moradia foi a Lei nº 14.010/2020, de 10.06.2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia de Covid-19. Em seu art. 9º, ficou estabelecido que, até 30.10.2020, não seriam concedidas liminares para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo relacionadas às hipóteses previstas na Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), artigo 59, parágrafo 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX.[4] Esse dispositivo do RJET foi vetado pelo Presidente em 10.06.2020 e teve seu veto derrubado pelo

[4] Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

I – o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II – o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;

V – a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

VII – o término do prazo notificatório previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato;

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada;

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

RBDFJ51_MIOLO.indd 176 13/02/2025 10:04:39

Congresso Nacional em 8.09.2020, quase três meses após a promulgação do restante da lei. Com isso, a suspensão ficou vigente por apenas 53 dias.

Além dessa norma federal de breve eficácia, houve também medidas em âmbito estadual voltadas a limitar ações possessórias. Essas medidas – e em particular a competência dos estados para instituí-las – foram objeto de diversas decisões do STF. Na Rcl 45.319, o Min. Lewandowski restabeleceu cautelarmente, em 29.12.2020, a eficácia de lei fluminense que suspendeu os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Rio de Janeiro, em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 – uma lei mais ampla, portanto, que aquela promulgada em âmbito federal. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) havia suspendido a eficácia dessa lei por entender que ela violaria a separação de poderes ao limitar as decisões do Judiciário em ações possessórias, além de ferir a repartição de competências federativas por tratar de direito civil, assunto de competência privativa da União. No entanto, o Ministro Lewandowski entendeu que a medida se limitaria apenas a suspender temporariamente a execução das decisões judiciais em virtude da gravidade da crise e estaria incluída na competência estadual concorrente para legislar sobre saúde. O agravo contra essa decisão teve seu provimento negado pela Segunda Turma, que manteve a fundamentação original.

Essa decisão na Rcl 45.319 levou à interposição de duas reclamações no ano seguinte (Rcl 46.297 e Rcl 47.433), sob a alegação de que a liminar deferida estaria sendo desrespeitada. Ambas tiveram seguimento negado: a primeira, por não se reconhecer identidade entre o parâmetro de controle e a decisão reclamada; e a segunda, por se tratar de mandado de imissão na posse de imóveis em cumprimento de sentença mantida em segunda instância antes do marco temporal estabelecido pela legislação estadual.

Na Pet 9.382, por sua vez, o Min. Alexandre de Moraes deferiu tutela de urgência para suspender ordem de reintegração de posse de uma ocupação denominada "Operação Quilombo Coração Valente", em Jacareí/SP. O Ministro fez menção ao direito à moradia e alegou a possibilidade de dano irreparável decorrente da pandemia.

Em 03.06.2021, foi proferida, na ADPF 828, a decisão mais ampla sobre ações possessórias. Ela foi ajuizada contra atos do Poder Público relativos a desocupações, despejos e reintegrações de posse, a fim de evitar e reparar lesão aos direitos à saúde, à vida, à moradia, à dignidade da pessoa humana e ao objetivo fundamental de construir uma sociedade justa e solidária.[5] Em sede de liminar, o

[5] Em sentido semelhante, convém mencionar a Pet 9.107, que buscava tutela para determinar "a proibição temporária de reintegração de posse sem antes submeter o caso ao Centro Judiciário de Solução de

RBDFJ51_MIOLO.indd 177 13/02/2025 10:04:39

Min. Barroso concedeu parcialmente a medida cautelar e atribuiu efeitos distintos a cada tipo de ocupação.[6]

As remoções de ocupações coletivas iniciadas antes da pandemia foram suspensas por seis meses a partir da data da decisão. No caso de ocupações posteriores ao início da pandemia, os agentes públicos estariam autorizados a agir para evitar sua consolidação, desde que realocassem os ocupantes em abrigos públicos ou outros locais em condições dignas. No caso dos despejos por falta de pagamento, o ministro argumentou que, pela impossibilidade de calcular os efeitos sistêmicos da decisão, esta deveria ser minimalista. Por isso não concebeu a suspensão de todos os despejos, mas determinou a suspensão, por um prazo de seis meses, de liminares para desocupação de imóveis urbanos em ações de despejo.[7] Foram excluídas do escopo da decisão ocupações situadas em áreas de risco, desocupações absolutamente necessárias para o combate do crime organizado, desintrusões em terras indígenas e posições jurídicas fundadas em leis locais mais favoráveis ao direito à moradia.[8]

Com fundamento nessa decisão, foram ajuizadas duas reclamações.[9] A Rcl 47.531 versava sobre decisão que teria deixado de determinar o reassentamento de ocupantes de determinado imóvel. O relator, Min. Fachin, deferiu o pedido liminarmente e suspendeu a ação de reintegração de posse até que fosse garantida a realocação das pessoas afetadas. A Rcl 47.784 teve seguimento negado pela relatora, Min. Weber, pela inexistência de identidade entre paradigma de controle e decisão reclamada.

Conflitos e Cidadania (Cejusc) Social, a conciliação e a mediação para, no mínimo, oferecer garantias de sobrevivência às pessoas sem moradia; ou sem intimação prévia, sem intervenção do Ministério Público e Defensoria Pública, quando presentes pessoas (crianças, idosos, pessoas com deficiência) em situação de extrema vulnerabilidade". Essa ação, entretanto, teve seu seguimento negado por ter o teor de uma "petição constitucional" e o impetrante não ter legitimidade ativa para tal.

6 No dia 1º.12.2021, o ministro-relator Roberto Barroso concedeu extensão de prazo da medida cautelar na ADPF 828 até 31.03.2022, nos termos dos parâmetros legais fixados, e estendeu a abrangência da tutela aos imóveis rurais, por considerar essa distinção entre populações vulneráveis irrazoável e contrária à constituição.

7 O que representou uma extensão, em termos de prazo, da suspensão que fora determinada pela Lei 14.010/2020 (Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia de Covid-19).

8 Em 7 de outubro de 2021, foi publicada a Lei nº 14.216/2021, suspendendo as ordens de despejo até 31 de dezembro de 2021. Em geral, ela foi mais favorável que a decisão proferida em sede da ADPF 828. Sobre isso, cf. Despejo Zero (2022).

9 Para outras análises sobre as sobre direito à moradia, cf. Tavolari, Alves e Nisida (2021), Alves, Carvalho e Rios (2021) e Alfonsin (2022).

RBDFJ51_MIOLO.indd 178 13/02/2025 10:04:39

3.1.2 Ações possessórias contra populações indígenas

As decisões sobre ações possessórias relativas a populações indígenas estão ligadas a procedimentos de demarcação de terras indígenas – mais especificamente, ao RE 1.017.365, sobre o critério do marco temporal para a demarcação desses territórios. A espera pela resolução desse caso, cujo resultado impactaria diversas outras ações, motivou medida cautelar exarada pelo relator, Min. Fachin, que determinou, em 6.05.2020,

> a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso. [p. 7]

Em sua fundamentação, o relator destacou que as populações indígenas, historicamente, foram sempre afetadas de maneira desproporcional por doenças trazidas por pessoas externas às comunidades. Além disso, a tramitação dos processos, com a possibilidade de decisões favoráveis à reintegração de posse, agravaria sua situação, já que os indígenas poderiam "se ver, repentinamente, aglomerados em beiras de rodovias, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus" [p. 6].

Após essa decisão, foram apresentadas diversas reclamações buscando garantir o respeito à decisão do STF. Incluindo a medida cautelar exarada nos autos do próprio RE 1.017.365 identificamos dezesseis decisões acerca desse tema, divididas em doze processos.[10]

As demandas apresentadas em oito reclamações foram atendidas com base no parâmetro estabelecido na cautelar do Min. Fachin. Cinco comunidades diferentes foram beneficiadas pelas decisões. Nos casos em que uma comunidade ingressou com mais de uma reclamação, os juízos reclamados não foram os mesmos, o que indica que não houve quadro de desrespeito sistemático da decisão do STF por um juízo específico.

[10] No RE 1.017.365 houve, além da medida já descrita, petição alegando afronta ao parâmetro de controle estabelecido pela medida cautelar. O julgamento desta petição foi suspenso pelo relator porque os atos ali descritos também haviam sido narrados na Rcl 43.058 MC.

RBDFJ51_MIOLO.indd 179 13/02/2025 10:04:39

Outras duas reclamações tiveram seguimento negado pela ausência de congruência entre decisão reclamada e paradigma. A Rcl 46.919, dizia respeito à imissão de posse em imóvel localizado em terra não reconhecida como tradicional pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) e, portanto, não seria abrangida pela suspensão determinada anteriormente, a qual seria aplicável apenas a áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do art. 231 da Constituição. A Rcl 47.147 referia-se a obras de infraestrutura realizadas em território ocupado pela Comunidade Pataxó de Ponta Grande e disputado por uma empresa e, assim, estaria fora do escopo da decisão no RE 1.017.365, que trata especificamente da reintegração de posse em desfavor de comunidades indígenas.[11]

Em síntese, o STF atuou para limitar medidas que poderiam levar à perda da posse durante a pandemia. A Corte interpretou o direito à moradia em conjunto com o direito à saúde em um contexto de pandemia com o objetivo de limitar ou impedir despejos durante a pandemia, dando atenção especial à situação de populações vulneráveis como quilombolas, indígenas e ocupações coletivas. Também reconheceu a competência de estados para legislar sobre a matéria e deu primazia às leis locais mais protetivas do direito à moradia.

3.2 Assistência social

A expressão "fique em casa", para fazer sentido, pressupõe a existência de uma moradia, mas, para que seja efetiva, requer que as pessoas tenham garantidas as condições materiais para sua sobrevivência. Assim, não precisam escolher entre ficar em casa ou prover para si e sua família. Portanto, benefícios de assistência social, já fundamentais em um país com muita pobreza, tornam-se ainda mais importantes frente à redução da atividade econômica resultante da pandemia.

As decisões sobre essa temática foram divididas em quatro subcategorias: suspensão de cortes do Programa Bolsa Família (PBF), auxílio emergencial, benefício de prestação continuada (BPC) e alimentação.[12] Uma decisão, tomada na STP 342, não se encaixa em nenhum desses subgrupos, mas conecta o tema desta seção ao objeto do tópico anterior (moradia). Nessa decisão, o relator, Min. Toffoli, negou o pedido do município de São Luís/MA para que fosse suspensa

[11] Somou-se a essas reclamações o RMS 36.924 impetrado contra decisão do STJ. Em tal caso, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, limitou-se a reconhecer sua conexão com o parâmetro de controle e determinar o sobrestamento do processo.

[12] Três decisões classificadas nesse conjunto não serão analisadas, por terem sido denegadas por motivos processuais irrelevantes para a análise aqui realizada (ARE 1.323.252, ARE 1.327.084 e Rcl 46.261 MC).

RBDFJ51_MIOLO.indd 180 13/02/2025 10:04:39

liminar que deferira pagamento de aluguel social ao requerido, com fundamento no direito à moradia. O ministro considerou, contra a argumentação do município, não haver risco de grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas no pagamento mensal de R$600,00 mensais. Tampouco vislumbrou risco de efeito multiplicador dessa decisão, que derivou de acordo administrativo celebrado entre as partes.

3.2.1 A suspensão de cortes do Programa Bolsa Família

O Programa Bolsa Família (PBF) é uma política de transferência de renda para famílias pobres e miseráveis, criado em 2003 e substituído em 2021 pelo Auxílio Brasil. Esse era o programa de maior alcance da assistência social, chegando a mais de 14 milhões de famílias beneficiárias (IPEA, 2021) e, embora distribuísse valores pequenos, foi responsável por importante redução na pobreza e na desigualdade (SOUZA *et al.*, 2019), além de ter contribuído para a diminuição da mortalidade infantil (RASELLA *et al.*, 2013, p. 57-64).

Em 2019, o PBF passava por um processo de redução no número de beneficiários, ao mesmo tempo em que a demanda pelo programa aumentava, gerando o crescimento da fila para recebimento do benefício. Porém, com o início da pandemia, mudanças nas regras do programa e a abertura de créditos extraordinários para o PBF levaram ao aumento na concessão de benefícios (GREER *et al.*, 2021, p. 499). Tanto a redução pré-pandemia quanto o aumento pós-pandemia foram objeto de questionamentos no STF.

O processo com o maior número de decisões foi a ACO 3.359. A ação foi proposta antes da pandemia por diversos estados da região Nordeste, alegando que houve uma concentração no corte de recursos do PBF nesta região. Em aditamento da inicial, após o início da pandemia, os autores argumentaram que o Nordeste estava sendo preterido na concessão de novos benefícios pelo governo federal e que os impactos socioeconômicos da Covid-19 justificariam a determinação, em tutela provisória, de suspensão dos cortes e liberação de recursos para novas inscrições no PBF.

Em decisão de 20.03.2020, o relator, Min. Marco Aurélio, concedeu a medida cautelar determinando à União: (1) disponibilizar dados que justificassem a concentração de cortes de benefícios do PBF na Região Nordeste, (2) tratar os inscritos nos estados autores de forma isonômica, (3) suspender os cortes no Programa enquanto durasse o estado de calamidade pública, e (4) liberar os recursos para novas inscrições de forma uniforme entre os estados da federação. A União opôs embargos declaratórios. Declarou não existir concentração de cortes de benefícios,

RBDFJ51_MIOLO.indd 181 13/02/2025 10:04:40

mencionando a Portaria 335/2020 do Ministério da Cidadania, da mesma data da medida cautelar, que suspendeu por 120 dias os cortes de benefícios. Ainda requereu que fosse permitida a manutenção de ações voltadas a evitar fraudes. O relator rejeitou os embargos. Em 05.08.2020, o Plenário referendou a medida cautelar.

Na mesma ação, houve diversos pedidos dos estados alegando que a União estaria desrespeitando a decisão do STF. Em junho de 2020, os estados autores questionaram a Portaria 13.474, de 02.06.2020, que anulara o repasse orçamentário ao Bolsa Família para destinar recursos à gestão da comunicação social do Governo Federal. A Portaria foi posteriormente revogada e, assim, o pedido foi julgado prejudicado. Em 02.03.2021, o estado da Bahia insurgiu-se contra o cancelamento da inscrição de 12.706 famílias no programa. A União respondeu que a decisão do STF teria suspendido os cortes apenas até 31.12.2020, quando se encerrou a vigência do estado de calamidade pública reconhecido no Decreto Legislativo 6/2020, e que caberia a exclusão dos inscritos no programa que ultrapassaram o limite de renda para o PBF. Em decisão de 08.04.2021, o relator deu razão ao estado da Bahia e rechaçou a vinculação da medida acauteladora ao Decreto Legislativo 6/2020, que sequer havia sido aprovado quando as partes requereram a suspensão deferida.

3.2.2 Auxílio Emergencial

O Auxílio Emergencial (AE) foi instituído em abril de 2020 para responder aos efeitos da crise econômica gerada pela pandemia e pelas medidas de distanciamento social empregadas para controlá-la. O auxílio – que focava, especialmente, trabalhadores informais, desempregados e microempreendedores individuais de baixa renda – foi um programa de dimensão inédita, chegando a beneficiar 44% dos domicílios brasileiros (SOUZA *et al.*, 2019) ao custo total de mais de R$300 bilhões (SENADO FEDERAL, 2022). Ele impediu uma queda ainda mais abrupta da economia e trouxe uma significativa, ainda que temporária, redução da pobreza em 2020 (SOUZA *et al.*, 2019). Sem esse benefício, estima-se que a extrema pobreza teria dobrado durante a pandemia (NASSIF-PIRES; CARDOSO; OLIVEIRA, 2021; CARDOSO, 2020).

Antes da criação do AE, houve uma tentativa de instituir um benefício dessa natureza via decisão judicial. Na ADO 56, alegou-se mora legislativa do Presidente da República e do Congresso em instituir medidas para assegurar renda mínima aos brasileiros durante a pandemia. A ação teve seguimento negado pelo Min. Marco Aurélio, que considerou não haver omissão, já que os demais poderes

RBDFJ51_MIOLO.indd 182 13/02/2025 10:04:40

tratavam da questão à época. Na data da decisão, a lei que veio a instituir o AE estava em discussão no Senado e foi aprovada e publicada cinco dias depois. Em sua decisão, o ministro argumentou, ainda, que o pedido seria "improsperável", por ter como objeto a definição de valor superior ao que discutido pelos demais poderes. O Plenário, finalmente, julgou pela perda do objeto em decorrência da criação do AE por lei.

A ADPF 672 também pedia que o STF determinasse ao governo federal a adoção de medidas econômicas para garantir a manutenção da produção, emprego e renda. Em 09.04.2020, o relator, Min. Alexandre de Moraes, negou o pedido em liminar, posteriormente referendada pelo plenário, sob fundamento de que não caberia ao Judiciário substituir o juízo discricionário do Executivo sobre a realização de medidas dessa natureza.

A judicialização em torno do AE no âmbito do STF foi limitada durante o período analisado. Algumas ações questionavam o não pagamento do AE (MS 37.264; ARE 1.301.367; ARE 1.324.062), enquanto outra pedia a prorrogação do pagamento do benefício à população do estado do Amazonas (STP 745), mas nenhuma prosperou por razões processuais.[13]

3.2.3 Benefício de Prestação Continuada (BPC)

O BPC é o benefício no valor de um salário mínimo mensal, destinado a pessoas com deficiência e idosos que não possuam meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203 da Constituição). Cerca de cinco milhões de pessoas recebem esse benefício (CGU, 2022).

Desde antes da pandemia, existiam disputas judiciais em torno do critério de renda para seu recebimento. Originalmente, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) estabelecia o critério de renda mensal familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo – o que foi declarado constitucional pelo STF na ADI 1.232. A despeito disso, continuou a haver questionamento judicial, até que, no RE 567.985, o tribunal decidiu que o critério de ¼ do salário mínimo estaria ultrapassado e, portanto, não poderia ser o único critério para se averiguar a miserabilidade social de uma família para fins de recebimento do BPC. Com isso, tornou-se possível que pessoas com renda superior ao limite legal passassem a receber o BPC se comprovassem, por outros meios, a sua incapacidade de proverem a sua manutenção. O

[13] Houve também decisões relativas à divulgação de supostos fraudadores do AE e o alegado direito à privacidade dessas pessoas. Ver Rcl 41.850, MS 37.537 e 37.574.

RBDFJ51_MIOLO.indd 183 13/02/2025 10:04:40

critério de ¼ do salário mínimo deixou de ser o único parâmetro para aferir hipossuficiência (WANG; VASCONCELOS, 2015, p. 135-151).

Esse é o pano de fundo da ADPF 662. Nessa ação, o Presidente da República questionou a constitucionalidade do Projeto de Lei (PL) que propunha alterar o critério de renda para recebimento do BPC para ½ salário mínimo, em vez de ¼, ampliando o número de pessoas elegíveis. Antes de uma decisão do STF, o PL foi aprovado pelo Congresso, mas vetado pela Presidência da República em 20.12.2019. O veto foi derrubado pelo Congresso em 11.03.2020 e foi promulgada a Lei 13.981/2020. Após a promulgação, o Presidente da República aditou a inicial para impugnar a lei mencionada. Argumentou que a deliberação parlamentar não teria levado em consideração o impacto orçamentário e financeiro da medida e que, em meio à pandemia da Covid-19, o cuidado na criação de novas despesas seria ainda mais necessário.

O Min. Gilmar Mendes concedeu medida cautelar suspendendo a eficácia da alteração no critério de renda da LOAS com base nos argumentos de que a norma questionada não indicava a fonte de custeio para a extensão do benefício, tal como exigido pela Constituição e pela Lei de Responsabilidade Fiscal; e que não havia estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro, como exigido pelo art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O ministro ainda rechaçou o argumento de que a pandemia tornaria oportuno o reconhecimento da eficácia da norma impugnada. Apesar de reconhecer seus impactos econômicos e sociais para as camadas mais pobres e a necessidade de medidas para auxiliá-las, ele observou que expandir o BPC não seria medida emergencial e temporária voltada ao enfrentamento da pandemia, mas um aumento permanente do gasto público.

No dia anterior à decisão liminar, foi publicada a Lei nº 13.982/2020, que manteve o critério de renda para recebimento do BPC em ¼ do salário mínimo, mas estabeleceu que, durante o estado de calamidade decorrente da pandemia, este poderia ser flexibilizado para ½ salário mínimo, a depender do grau de deficiência do pleiteante e de sua dependência de terceiros para realização de atividades cotidianas. A lei permitiu, ainda, que benefícios sociais no valor de até um salário mínimo fossem desconsiderados do cômputo de renda para acesso ao BCP. Ainda, autorizou o saque adiantado de R$600,00 para requerentes cujos pedidos estivessem aguardando análise pelo INSS. Posteriormente, a Lei nº 14.176/2021 tornou permanente esse novo critério de renda do BPC, nos mesmos moldes, mas condicionado à edição de um decreto regulamentador pelo Executivo Federal. Portanto, a atuação do Min. Gilmar Mendes obstruiu mudança ampla do BPC por iniciativa do Legislativo, que acabou substituída por uma mudança mais mitigada e condicionada.

RBDFJ51_MIOLO.indd 184 13/02/2025 10:04:40

3.2.4 Alimentação

A insegurança alimentar se agravou no Brasil durante a pandemia, lançando o espectro da fome sobre um número cada vez maior de pessoas. Em 2020, mais da metade dos domicílios brasileiros esteve em situação de insegurança alimentar (GALINDO *et al.*, 2022; REDE PENSSAN, 2022). A discussão desse tema no STF foi dominada por ações referentes ao fornecimento de alimentação em municípios específicos.

Três ações foram ajuizadas por municípios do estado do Rio de Janeiro (STP 495, SL 1.360 e SL 1.342) contra decisão do TJRJ que concedia pedido da Defensoria Pública estadual para obrigar o fornecimento de alimentação *in natura* ou por meio de transferência de renda aos estudantes de escola pública que, diante da pandemia, não estavam mais recebendo merenda escolar. Nos três casos, o Min. Dias Toffoli deferiu os pedidos sob o fundamento de que a decisão do TJRJ interferiria de maneira desarrazoada na discricionariedade administrativa.

Uma quarta decisão, proferida na STP 705, de relatoria do Min. Fux, ocorreu em ação na qual o município de Manaus questionou decisão do TJAM que determinava o fornecimento de refeições diárias a todos os migrantes e refugiados atendidos pela Operação Acolhida em Manaus. O pedido de suspensão foi indeferido com base no argumento de que não teria sido comprovada potencial lesão grave ao interesse público, especialmente porque se determinou que a obrigação era solidária do estado e da União.

Em ações abstratas, o STF tratou do tema com foco em dois grupos vulneráveis, as populações indígenas e as comunidades de populações remanescentes dos quilombos. Na ADPF 709, o Plenário do STF determinou ao governo federal a apresentação de um plano com medidas para enfrentamento da pandemia que considerasse especificamente esses grupos. A criação e o monitoramento da implementação desse plano deveriam envolver as próprias populações indígenas, sociedade civil, e órgãos públicos (Conselho Nacional de Justiça, Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União). Os principais objetos do plano deveriam ser a prevenção de invasões e a atenção à saúde, mas ele deveria prever, também, a entrega de cestas básicas a populações. O relator, Min. Barroso, rejeitou diversas versões do plano propostas pelo Executivo. Especificamente no que diz respeito à alimentação, as entidades envolvidas no processo consideraram as propostas genéricas em relação ao número de cestas a serem distribuídas, aos critérios de eleição dos beneficiários, e à periodicidade das entregas. Por essa razão, o relator determinou, em diversos momentos (21.10.2020, 18.12.2020 e 16.03.2021), que o plano fosse reformulado com mais clareza e informação sobre a distribuição das cestas.

RBDFJ51_MIOLO.indd 185 13/02/2025 10:04:40

Analogamente, na ADPF 742, o STF determinou a criação de um plano para a proteção de populações quilombolas contra a Covid-19, o que deveria incluir a distribuição de alimentos. Por meio de embargos de declaração, no dia 26 de maio de 2021, após a alegação de descumprimento da decisão, a ação foi dividida em quatro petições para organizar o acompanhamento do cumprimento. Questões relacionadas à segurança alimentar e ao fornecimento de água potável passaram a ser discutidas na Pet 9.700. Até a data de conclusão da coleta de decisões, não houve decisão no âmbito desse processo.

Em resumo, as decisões relativas a benefícios sociais mostram um quadro complexo da atuação do STF. De um lado, o tribunal guiou-se pelo entendimento de que não caberia ao Judiciário impor a criação de medidas de auxílio econômico e suspendeu liminares que obrigavam um estado a fornecer dinheiro para famílias para compensar a perda da merenda escolar. De outro, houve decisões em que o STF assumiu postura mais ativa, como aquelas em que determinou o fornecimento de alimentação para migrantes e refugiados, impediu cortes no Bolsa Família e cobrou um plano para alimentação de populações indígenas e quilombolas.

3.3 Fornecimento de energia elétrica

O contexto pandêmico e o seu reflexo sobre a capacidade econômica dos consumidores impulsionaram medidas legislativas e judiciais para assegurar o acesso à energia elétrica, um serviço essencial prestado por empresas privadas por meio de concessões. De um modo geral, essas concessões são de longo prazo e estão abrigadas por uma garantia constitucional de equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI, CF), de modo que as condições firmadas na proposta devem ser mantidas ao longo do contrato. A competência para legislar sobre a matéria é exclusiva da União (art. 22, IV, CF) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) atua como reguladora do sistema. Contudo, na medida em que o fornecimento de energia elétrica é um serviço prestado em uma lógica de fornecimento-consumo, a legislação de proteção a consumidores também é aplicável. Nesse campo, a competência legislativa é compartilhada entre os três entes (art. 24, V, CF), de modo que há margem para conflitos federativos.

A primeira medida associada ao fornecimento de energia elétrica no contexto da pandemia foi tomada pela própria Aneel. Ainda em março de 2020, ela editou a resolução 878/2020, que vedou a suspensão do fornecimento de energia elétrica para determinados grupos de consumidores, incluindo aqueles que possuíssem equipamentos médicos vitais à preservação da vida humana em suas residências. A política foi prorrogada em março de 2021 por meio da Resolução 928/2021.

RBDFJ51_MIOLO.indd 186 13/02/2025 10:04:40

Além disso, a MP 950/2020, de abril de 2020, instituiu isenção temporária para consumo igual ou inferior a 220 kWh/mês.[14]

Em princípio, os benefícios dessa regulação não se aplicavam a cortes de energia anteriores à sua edição. Entretanto, ações foram ajuizadas buscando o restabelecimento do serviço interrompido anteriormente. Em diversas ocasiões, as concessionárias afetadas buscaram o STF para suspender decisões de antecipação de tutela favoráveis a consumidores.

A primeira manifestação do STF nesta matéria ocorreu na STP 272, em 27.05.2020, quando o Min. Fux suspendeu liminarmente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) que concedia essa ampliação do benefício por considerar que ela subtrairia discricionariedade administrativa da Aneel. O ministro argumentou que a decisão do TJRN poderia incentivar outras semelhantes, trazendo risco de lesão à "ordem administrativa e economia pública". Posteriormente, o Min. Fux confirmou a liminar. Com o mesmo entendimento, outras decisões semelhantes de tribunais de justiça foram suspensas pelo ministro (STPs 416, 690, 691, 693, 706, 707, 772 e 766).

De forma semelhante, decisões do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) e do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) que vedavam o corte do fornecimento de energia elétrica a consumidores inadimplentes tiveram seus efeitos suspensos nas SL 1.403 e 1.361. A novidade aqui é que ambas as decisões foram objeto de agravo e, por conta disso, levadas ao Pleno. A posição vencedora foi pela manutenção das decisões monocráticas, confirmando a suspensão das decisões estaduais.

A STP 409, por sua vez, suspendeu os efeitos de decisão do TJRN que concedera a uma empresa o direito ao parcelamento de débitos relacionados ao fornecimento de energia. O STF expressou preocupação com o risco de a decisão do TJRN ocasionar lesão à ordem pública, em razão de eventual desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos, caso outras empresas também recebessem benefício desse tipo.

Além de normas federais, leis estaduais também foram editadas com o objetivo de restringir a suspensão do serviço. O estado do Paraná editou a Lei nº 20.187/2020 para vedar o corte de serviços essenciais – incluindo energia elétrica – a consumidores vulneráveis. Na ADI 6.406, ajuizada contra essa norma estadual, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) argumentou que a competência para disciplinar a matéria é da União e que a legislação estadual feriria o tratamento isonômico aos consumidores, ao diferir da disciplina dada pelas normas federais, além de ameaçar o equilíbrio econômico-financeiro do setor. O pedido cautelar foi indeferido. A maioria do STF afastou a ocorrência de

[14] A MP 950/2020 não foi convertida em Lei, perdendo sua eficácia em 06.08.2020.

RBDFJ51_MIOLO.indd 187 13/02/2025 10:04:40

invasão de competência federal, considerando a legislação como norma de proteção ao consumidor, cuja competência também reside com os estados. O tribunal também considerou que a legislação "ampliou garantias dos usuários, buscando a preservação da distribuição de energia elétrica".

A ABRADEE questionou, ainda, na ADI 6.432, uma lei semelhante editada pelo estado de Roraima, a qual vedava a interrupção do fornecimento de energia elétrica e estabelecia que a cobrança de eventuais débitos poderia ser realizada futuramente, sem incidência de juros ou multas. Referindo-se ao precedente na ADI 6.406, a maioria do STF julgou a ADI 6.432 improcedente. Posteriormente, os embargos de declaração foram rejeitados.[15]

Em resumo, o STF impediu que decisões judiciais não embasadas em legislação específica alterassem a dinâmica da relação entre distribuidoras de energia e consumidores. Havia expressa preocupação com o efeito multiplicador dessas decisões tomadas por tribunais inferiores sem parâmetros claros. Porém, o STF manteve legislações estaduais que estabeleciam políticas para proteger usuários contra a interrupção do serviço por inadimplemento.

3.4 Ensino privado

Uma medida adotada para conter a transmissão da Covid-19 foi a suspensão de atividades presenciais em instituições de ensino. Essa medida se prolongou por um período extenso no Brasil: segundo o censo realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP),[16] a média de dias de suspensão de atividades de ensino-aprendizagem em escolas, em 2020, foi de 279. Se considerarmos apenas escolas privadas – mais relevantes para fins desta seção –, a média cai para 248 dias, mas, ainda assim, foi muito superior à de países como Chile e Argentina (199), México (180) e Colômbia (173).[17]

Nesse contexto, alguns estados brasileiros promulgaram leis para regular as relações entre escolas privadas e seus usuários. Esse foi o caso de leis dos estados do Ceará (Lei nº 17.208/2020), Maranhão (Lei nº 11.259/2020) e Bahia (Lei nº 14.279/2020). Essas leis determinavam a implementação de descontos nas mensalidades escolares e suspendiam a cobrança de juros e multas por

[15] A ADI 6.376 trata de uma lei semelhante no Estado do Rio de Janeiro, mas não foi julgada pelo STF durante o período coberto pela pesquisa.

[16] Uma síntese dos resultados pode ser encontrada em MEC (2020).

[17] Note-se que os países da América do Sul foram os que mantiveram atividades de ensino-aprendizagem suspensas pelos períodos mais longos, segundo dados da UNESCO, que – diferente do censo educacional do INEP – incluem também o ano de 2021 (UNESCO, 2022).

RBDFJ51_MIOLO.indd 188 13/02/2025 10:04:40

inadimplência. Elas foram apresentadas partindo do pressuposto de que a interrupção das aulas presenciais reduziria custos das escolas. Buscava-se, ainda, aliviar o impacto da redução dos rendimentos de muitas famílias causado pela pandemia.[18]

As três leis foram questionadas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino nas ADIs 6.423, 6.435 e 6.575. Em todos os casos, os pedidos foram julgados procedentes, reconhecendo a inconstitucionalidade formal das leis estaduais por violação das regras de distribuição de competência legislativa. O STF entendeu que elas tratavam de regras gerais de direito civil, de competência privativa da União (art. 22, I, CF). As decisões também compreendem argumentos de que as leis questionadas violariam a liberdade negocial – o que é consistente com entender a matéria como de direito civil e não direito do consumidor –, e que concentrariam excessivamente os prejuízos causados pela pandemia nas instituições de ensino.

3.5 Planos de saúde

A pandemia afetou também os contratos de planos de saúde no que diz respeito tanto à prestação de serviços quanto ao pagamento e à inadimplência por parte dos usuários. Esses contratos são regidos pela Lei nº 9.656/1998, que limita a possibilidade de rescisão unilateral por parte das seguradoras em contratos individuais ou familiares. Nessas modalidades, a interrupção só pode ocorrer em casos de fraude ou inadimplência, e nunca enquanto o segurado estiver internado (Art. 13). A Lei nº 9.656/1998 também estabelece a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) como responsável por definir o rol de procedimentos de cobertura obrigatória dos planos e estabelecer índices e regras para reajustes de preço.

Em 2020, algumas medidas foram tomadas pela ANS em razão da pandemia. Por exemplo, a Resolução Normativa 458/2020 incluiu testes para detecção da Covid-19 no rol de procedimentos. Em agosto de 2020, por meio do Comunicado 85/2020, a agência anunciou a suspensão de reajustes na mensalidade dos planos entre setembro e dezembro de 2020. Ambas as medidas levaram a intensa judicialização.[19]

As ADIs 6.491 e 6.538 versaram sobre a Lei nº 11.735/2020 da Paraíba, que proibiu a rescisão de contratos em razão de inadimplência, prevendo a possibilidade de cobrança futura de eventuais débitos em atraso, mas vedando a

[18] As justificativas constam de cada um dos projetos de lei: PL 77/2020 (CE), PL 088/2020 (MA) e PL 28.789 (BA).
[19] Cf. Cintra e Abreu (2021); Vital (2020).

RBDFJ51_MIOLO.indd 189 13/02/2025 10:04:40

incidência de juros e multas.[20] Ambas tiveram os pedidos cautelares julgados conjuntamente de forma monocrática pelo Min. Toffoli. Em sua decisão, que suspendeu os efeitos da Lei, o ministro ponderou que a regulação de contratos de plano de saúde é matéria de direito civil, cuja competência é da União.

Além disso, o ministro argumentou que essa legislação violava a liberdade de iniciativa, por alocar nas empresas todos os prejuízos econômicos sofridos pelos particulares em decorrência da pandemia. Segundo ele, isso seria agravado pelo fato de a Lei não considerar a situação individual das empresas afetadas, que poderiam ter maior ou menor capacidade econômica. Além disso, o ministro mencionou a possibilidade de violação de atos jurídicos perfeitos porque a legislação questionada afetaria contratos já vigentes.

Nota-se, a partir dessa exposição, que as razões apresentadas pelo STF em casos envolvendo planos de saúde são similares àquelas que embasaram julgamentos sobre instituições privadas de ensino. Em ambos os campos, e diferentemente do entendimento do STF no tema de energia elétrica, as regras que afetam o equilíbrio financeiro dos contratos foram consideradas matéria de direito civil e, portanto, de competência privativa da União. Houve também preocupação com a concentração dos prejuízos financeiros decorrentes da pandemia nos institutos de ensino e nas operadoras de planos de saúde.

3.6 Legislação trabalhista

A legislação trabalhista passou por uma reforma significativa em 2017, que a flexibilizou e ampliou a margem para acordos entre empregados e empregadores, por exemplo, aumentando as possibilidades de terceirização e autorizando a extinção consensual do contrato de trabalho e a consequente redução de verbas trabalhistas. Além disso, foi introduzido um procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais.

Esse contexto, que antecede a pandemia, permite entender melhor as medidas provisórias que buscaram adequar, ainda que temporariamente, as regras trabalhistas a esse novo cenário, sob a justificativa de preservação de negócios e postos de trabalho. Essas medidas foram parte de um pacote que, de um lado, ofereceu às empresas auxílios financeiros e a possibilidade de flexibilização de contratos de trabalho e, de outro, vedou demissões.

[20] A terceira ADI (ADI 6.486) versa sobre a Lei nº 11.281/2020, do estado do Maranhão, com conteúdo semelhante à norma da Paraíba. Foi determinada a adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, mas, até a conclusão do presente artigo, essa ação não foi julgada.

RBDFJ51_MIOLO.indd 190 13/02/2025 10:04:40

Em março de 2020, logo no início da pandemia, o Governo Federal editou a MP 927/2020, que trazia mudanças na legislação trabalhista previstas para perdurar durante a emergência de saúde. De modo geral, a MP permitia maior negociação entre trabalhadores e empregadores. Ela possibilitava a celebração de acordos individuais entre empregado e empregador a fim de garantir "a permanência do vínculo empregatício"; pagamento do terço adicional de férias após sua concessão; suspensão do contrato de trabalho por até quatro meses; e constituição de regime de compensação de horas. As flexibilizações mais controversas foram introduzidas pelos arts. 29 e 31. O primeiro estabelecia que casos de contaminação pelo coronavírus não seriam considerados ocupacionais, "exceto mediante comprovação do nexo causal"; o segundo, que, salvo exceções, a atuação dos Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia deveria ser orientadora, em vez de fiscalizadora e sancionatória.

Diversas ADIs foram impetradas contra a MP 927/2020. Embora a maior parte delas tenha sido encerrada por perda do objeto, já que a MP não foi convertida em lei, a análise desses casos ajuda a compor o quadro da atuação do STF em face das medidas adotadas para conter as consequências econômicas e sociais da pandemia.

O primeiro caso com alguma decisão do tribunal foi a ADI 6.342, em que os autores alegavam a inconstitucionalidade formal da medida, à luz da vedação constitucional ao emprego de MPs para tratar de matérias de cidadania (art. 62, I, *b*, CF). Materialmente, alegavam que a MP ofendia diversas disposições constitucionais, como a dignidade humana, a busca do pleno emprego, a irredutibilidade do salário, a garantia ao salário mínimo, e a proibição de retrocesso social. Em 26.03.2020, o Min. Marco Aurélio indeferiu o pedido liminar, com o argumento de que, em princípio, os requisitos constitucionais teriam sido atendidos. Nos dias seguintes, o Min. Marco Aurélio também indeferiu, com essa argumentação, pedidos cautelares em outras ações que apresentavam fundamentos semelhantes (ADIs 6.344, 6.346, 6.348, 6.354, 6.349, 6.352). As decisões do Min. Marco Aurélio consideraram o art. 29 apenas de maneira muito breve.

Em 29.04.2020, os pedidos cautelares nessas ADIs foram levados ao Plenário e julgados conjuntamente. O Min. Marco Aurélio reiterou os argumentos apresentados na decisão monocrática, mas o Min. Alexandre de Moraes abriu divergência em relação aos arts. 29 e 31, votando pelo deferimento do pedido em relação a esses dispositivos.[21] Segundo ele, o art. 29, ao "praticamente excluir a

[21] Quando ao restante da MP, ele considerou que ela visava a "garantir a subsistência digna do trabalhador e de sua família, que manter[ia] seu vínculo trabalhista, bem como fornecer uma alternativa para os empregadores enfrentarem as dificuldades financeiras nesse período de pandemia". Por isso, considerou constitucional a maior parte dos artigos da MP.

RBDFJ51_MIOLO.indd 191 13/02/2025 10:04:40

contaminação por coronavírus como doença ocupacional", violava o art. 7º, XXVIII, da Constituição. O art. 31, por sua vez, seria inconstitucional por desconsiderar a importância da fiscalização no contexto pandêmico. A posição do Min. Moraes foi a majoritária.[22]

Dez dias após a MP 927/2020, foi editada a MP 936/2020 – posteriormente, convertida na Lei nº 14.020/2020 –, que estabeleceu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Esse programa, que instituiu benefícios emergenciais e avançou na flexibilização de regras iniciada pela MP 927/2020, foi questionado, sob diversas perspectivas, em quatro ações. Na ADI 6.363, o relator, Min. Lewandowski deferiu parcialmente o pedido cautelar para estabelecer que acordos para redução de jornada e salários deveriam ser comunicados aos sindicatos em até dez dias de sua celebração. Submetida ao Plenário, foi negado referendo a essa decisão. Posteriormente, com a alteração dos dispositivos relevantes, a ação perdeu seu objeto.[23] O MI 7.312 e o MS 37.702 tiveram seguimento negado por não preencherem os requisitos processuais. A SS 5.384, que questionava decisão que proibiu a Petrobras S.A. de reduzir jornada de trabalho e salários, teve seguimento negado pelo Min. Lewandowski, sob o fundamento de que essa redução – porque unilateral – era contrária às disposições da MP.

Em resumo, as decisões mostram um tribunal resistente a interferir em mudanças em direitos materiais estabelecidos pela legislação trabalhista. Por outro lado, o STF se mostrou mais disposto a rejeitar regras que limitem o acesso de trabalhadores a indenização ou que limitem a atuação de órgãos fiscalizadores e das entidades sindicais.

3.7 Saques do FGTS

A Lei nº 8.036/1990 dispõe em seu art. 20 sobre as situações em que a conta vinculada de trabalhadores no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) pode ser movimentada. O inciso XVI desse dispositivo estabelece, como uma das hipóteses, a "necessidade pessoal" decorrente de desastres naturais, se satisfeitas algumas condições e nos termos de regulamento.[24] Essa última qualificação – que exige regulamento específico para possibilitar os saques – foi questionada na ADI 6.371.

[22] Nenhuma dessas ADIs foi decidida no mérito porque houve perda do objeto, dado que a MP 927/2020 não foi convertida em lei.

[23] Sobre essa decisão, cf. Dias e Tedesco (2020).

[24] O dispositivo em questão fora regulamentado pelo Decreto 5.113/2004, mas entre as hipóteses de desastre natural reconhecidas pela norma, em seu art. 2º, não se encontra nenhuma associada à disseminação de doenças infectocontagiosas.

RBDFJ51_MIOLO.indd 192 13/02/2025 10:04:40

A ação argumentou que o direito a movimentar a conta vinculada do FGTS decorreria do reconhecimento da calamidade pública pelo Governo Federal e de sua decretação formal pelo Congresso Nacional, prescindindo, portanto, de um regulamento específico. Ainda, sustentou que a liberação dos saques deveria priorizar pessoas com renda inferior a dois salários mínimos e, acima dessa faixa, pessoas com deficiência ou doenças crônicas. Um dia após o ajuizamento da ação, em 07.04.2020, o presidente da República editou a MP 946/2020, que, entre outras disposições, regulamentou a possibilidade de saques da conta vinculada no FGTS em razão da pandemia. A edição da MP fez com que o Min. Gilmar Mendes indeferisse o pedido cautelar por já ter sido parcialmente atendido. O Ministro destacou – embora este não tenha sido o fundamento da decisão – que a ação buscava intervir na discricionariedade do Congresso e do presidente, exigindo que o Judiciário atuasse como "legislador positivo", o que não seria sua função.

A MP estabeleceu como limite para o saque o valor de R$1.045,00 e fixou um período para sua realização (15.06.2020 a 31.12.2020) – limitações que foram questionadas na ADI 6.379, ajuizada em 13.04.2020. A ADI pedia liberação imediata dos saques e questionava a ausência de priorização de pessoas mais vulneráveis, alegando que o valor máximo de saque não seria suficiente para garantir o sustento dessas pessoas, o que violaria direitos como dignidade humana, alimentação, saúde, moradia e a garantia social do FGTS.

O pedido liminar foi indeferido monocraticamente, com fundamento na ausência de plausibilidade das alegações. O Min. Gilmar Mendes argumentou, ainda, que a intervenção judicial, especialmente em sede cautelar, poderia causar mais danos que benefícios aos trabalhadores, em vista das informações apresentadas pelo Ministério da Economia, segundo as quais o deferimento da cautelar acarretaria custos imediatos de aproximadamente R$137 bilhões – R$100 bilhões além da capacidade de pagamento do Fundo naquele momento.

4 Discussão

Os temas aqui tratados são particularmente desafiadores para um tribunal. De um lado, as questões sociais, sobretudo as que afetam populações vulneráveis, criam expectativas de uma atuação mais interventiva do Judiciário em políticas públicas e na regulação da economia. A frustração dessas expectativas suscita críticas de que o tribunal "abdicou" do seu papel de proteger direitos. De outro, os impactos econômico, distributivo e orçamentário de muitas dessas demandas exigem maior cautela e, possivelmente, deferência judicial às escolhas dos demais poderes. A percepção de que um tribunal não exerce a devida cautela

RBDFJ51_MIOLO.indd 193 13/02/2025 10:04:40

e deferência nessas questões gera críticas de que ele "usurpou" funções para as quais não possui legitimidade ou capacidade institucional.[25] Esse desafio não é novo para o STF, mas ele é potencializado em um contexto de crise sanitária em que problemas econômicos e sociais, assim como os conflitos distributivos, são mais graves e urgentes.

A dicotomia usurpação/abdicação é uma chave que ajuda a dar sentido ao conjunto de decisões analisadas neste artigo. A busca pelo equilíbrio entre oferecer proteção social, sobretudo aos grupos vulneráveis, e a cautela com os efeitos sistêmicos e distributivos de decisões judiciais aparece de forma marcante quando observamos as decisões em diferentes casos. Aparece, ainda, na fundamentação das decisões que mencionam o contexto da pandemia como uma razão de decidir, tanto para conceder quanto para negar um pedido para a realização de um direito social no caso concreto.

Durante o período analisado, o STF, com o intuito explícito de proteger grupos vulneráveis em momento de excepcionalidade trazido pela pandemia (como pessoas em risco de ficarem desabrigadas, beneficiários do PBF, povos indígenas e quilombolas), buscou expandir ou impedir a redução de direitos sociais. Por outro lado, o STF evitou impor medidas com grandes custos de oportunidade e efeitos sistêmicos e distributivos difíceis de se prever, como a criação de medidas de auxílio econômico, a reversão de flexibilização de leis trabalhistas e a liberação mais ampla de recursos do FGTS. Houve mesmo decisão em que, também levando em consideração impacto orçamentário da medida, foi barrada a ampliação do BPC prevista em lei.

A busca desse equilíbrio entre a ampliação da proteção social e os impactos econômicos de determinadas medidas ajuda a entender decisões que, a princípio, poderiam ter grande impacto, mas que tiveram seus efeitos mitigados pelo contexto ou pela própria decisão. A decisão que impedia cortes no PBF ocorreu em um contexto em que o próprio governo revia a redução dessa política.[26] As decisões para a criação de políticas amplas para proteção de indígenas e quilombolas, que demandavam uma grande ação por parte do governo, são exemplos de intervenção judicial "fraca", em que um tribunal opta por promover e facilitar o diálogo entre as partes em vez de impor a realização de uma política específica (TUSHNET, 2008; RODRIGUEZ-GARAVITO, 2011).

A preocupação com os efeitos sistêmicos e o risco de "usurpação" judicial também ajudam a entender a atuação da Corte em relação a cortes de energia

[25] Sobre o binômio abdicação/usurpação, cf. Michelman (2013) e Ferraz (2013).

[26] O número de famílias beneficiárias do PBF se mostrou estável em 2020 (cerca de 14,2 milhões) e teve um leve crescimento em 2021 (SAGICAD, 2022).

RBDFJ51_MIOLO.indd 194 13/02/2025 10:04:40

elétrica. O STF impediu que decisões judiciais de instâncias inferiores não embasadas em legislação alterassem a dinâmica da relação entre distribuidoras de energia e consumidores. Havia expressa preocupação com o efeito multiplicador dessas decisões. Porém, o STF validou a competência de estados para estabelecer políticas para proteger consumidores vulneráveis contra a interrupção do serviço por inadimplemento.

Em matéria de educação e saúde privadas, porém, as regras que afetam o equilíbrio financeiro dos contratos foram consideradas matéria de direito civil e, portanto, competência privativa da União. Portanto, e mencionando também os efeitos distributivos dessas medidas, o STF barrou normas estaduais que aumentavam a proteção a esse grupo de consumidores. A questão federativa aparece também em matéria de moradia, quando o STF reconheceu a competência de estados para legislar sobre imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais, ressaltando a temporariedade da medida e a gravidade da crise.

Não é novo o argumento de que, em matéria de direitos sociais, um tribunal decide considerando fatores como o grau de vulnerabilidade e marginalização da população afetada, as ações e compromissos do governo para proteger essa população, e a complexidade e o impacto sistêmico e distributivo das medidas pedidas em uma ação (YOUNG, 2010). Porém, o conjunto de decisões analisadas neste artigo mostra esses fatores sendo levados em consideração em um número grande de casos, sobre temas diversos e em um período curto de tempo, quando variáveis importantes – por exemplo, o contexto da pandemia e a composição do STF, do Congresso e dos chefes de governos estaduais e Federal – mantiveram-se praticamente constantes.

Também não é original a ideia de que o STF dá peso às consequências e ao contexto socioeconômico quando julga matéria com potencial de grande impacto econômico, o que Dias e Tedesco chamaram de "flexibilidade pragmática" (DIAS; TEDESCO, 2020). O pragmatismo/consequencialismo do STF nas mais diversas matérias já há muito tem sido objeto de discussão acadêmica (BRANDÃO; FARAH, 2020; LEAL; DIAS, 2017; WANG, 2008). Portanto, se, para além da retórica, a pandemia de fato trouxe uma mudança no padrão decisório do STF ou no seu entendimento sobre determinada matéria é algo a ser averiguado em futuras pesquisas que comparem decisões durante a Covid-19 com aquelas proferidas antes ou depois desse período.

É importante ressaltar que, conforme apresentado nos Resultados, 108 das 131 decisões analisadas (cerca de 82%) foram proferidas de forma monocrática. Isso reflete a urgência das demandas e as regras internas do STF, que atribuem bastante poder a quem preside o tribunal e aos relatores das ações e recursos (ARGUELHES; HARTMANN, 2017). Portanto, tentativas de generalizar esse dado e

RBDFJ51_MIOLO.indd 195 13/02/2025 10:04:40

identificar, a partir dele, tendências do STF ou precedentes a serem utilizados em decisões futuras exigem cautela.

A comparação dos achados no presente texto com os de estudos que empregaram a mesma metodologia para analisar a atuação do STF em matéria de medidas para prevenção e tratamento de Covid-19 (WANG *et al.*, 2023) e em disputas relacionadas a normas sobre finanças públicas (WANG; ESTEVES; ARMANI, 2023) mostra algumas diferenças relevantes para se traçar um quadro mais completo e nuançado da jurisprudência da Corte nesse período.

Primeiro, o contexto da pandemia e os efeitos práticos das decisões são mencionados de forma explícita na fundamentação das decisões judiciais nas mais diversas matérias, seja envolvendo políticas de saúde, políticas sociais e econômicas, ou finanças públicas. Porém, em matéria de políticas econômicas e sociais, os riscos de uma possível intervenção judicial que retirasse a discricionariedade do governo em um contexto de pandemia frequentemente prevaleceram sobre a gravidade da pandemia na fundamentação do STF.

Segundo, a questão federativa, embora presente, parece ter tido menor relevância nos temas tratados neste artigo que em questões que envolviam a competência federativa para decidir sobre medidas de combate à Covid-19 (como distanciamento social e vacinação), o repasse de verbas públicas federais e o pagamento de dívidas de entes subnacionais com a União. Em matéria de políticas sociais e econômicas, as questões federativas que apareceram foram sobretudo levantadas por agentes privados sobre os quais recaíam o ônus de medidas tomadas por entes subnacionais. Não decorreram, portanto, de confrontos diretos entre entes federativos por recurso e poder.

Terceiro, e ligado ao ponto anterior, o antagonismo entre STF e o governo federal, presente de forma intensa ao longo de toda a pandemia no cenário político e na jurisprudência, foi mais mitigado no conjunto de casos analisados aqui. Em matéria de políticas de saúde, o STF atuou de forma clara para controlar e retirar poder de decisão do governo federal, e o fez usando uma retórica bastante crítica. Da mesma forma, em matéria de normas sobre finanças públicas, o STF tendeu a atender demandas de entes subnacionais às custas da União. No presente artigo, porém, houve mesmo um alinhamento entre STF e governo em matérias de grande impacto econômico como FGTS, BPC e legislação trabalhista.

Por fim, e conectado aos dois últimos pontos, o impacto do STF na direção das políticas de proteção contra os impactos sociais e econômicos da pandemia parece ter sido menor que em outros temas. É difícil traçar com precisão o cenário contrafactual em que o STF tivesse decidido de maneira diferente. Porém, é razoável supor que o STF, ao impedir o governo federal de se sobrepor às medidas para prevenção da Covid-19 tomada por entes subnacionais ou ao tomar a iniciativa de

RBDFJ51_MIOLO.indd 196 13/02/2025 10:04:40

flexibilizar regras orçamentárias, impactou significativamente os rumos da resposta do Estado brasileiro à pandemia. Porém, em nenhum dos temas discutidos no presente artigo houve decisões com potencial de impacto em escala equivalente.

5 Conclusão

Este artigo analisou decisões do STF em questões que, em tempos normais, já tendem a ser controversas política e juridicamente porque discutem a realização de políticas públicas custosas, com efeitos distributivos e custos de oportunidades, mas voltadas à satisfação de necessidades básicas. São também demandas cuja fundamentação sobrepõe análises de Direito (normas, precedentes e doutrina) e da conveniência e oportunidade de determinada medida, suscitando debates sobre a legitimidade e a capacidade institucional de tribunais para decidir sobre tais questões (KING, 2012).

Esses temas expõem tribunais a duas críticas opostas: a da "abdicação" e a da "usurpação", a depender de como julgam. A pandemia de Covid-19 acentua esse dilema para o STF. Se essa leitura estiver correta, então seria esperado que no conjunto de casos analisados no presente artigo fosse possível perceber a busca do STF por equilibrar, de um lado, a pressão para dar respostas às demandas sociais que lhe chegam e, de outro, mostrar cautela frente ao possível impacto orçamentário e econômico da intervenção judicial em políticas públicas.

De fato, o presente artigo mostra a combinação de decisões que buscaram proteger grupos vulneráveis, ressaltando os riscos excepcionais de uma pandemia, com decisões em que o STF expressa preocupação com os efeitos econômicos e orçamentários de determinadas medidas. A busca desse equilíbrio não aparece apenas nos pedidos que o STF concedeu ou não, mas também nos limites que o próprio tribunal impôs ao alcance de algumas de suas decisões, seja restringindo o alcance no tempo (como nas restrições às ações possessórias), seja concedendo significativa margem de discricionariedade para o governo cumprir a decisão (como no caso de oferta de assistência social a populações indígenas e quilombolas).

O presente artigo oferece uma contribuição original para, pelo menos, duas literaturas. Primeiro, ele completa uma lacuna na literatura sobre STF e Covid, que ainda não tinha analisado com esse grau de extensão a atuação do STF em questões relacionadas a políticas sociais e econômicas durante a pandemia. Este material ajuda a desenhar um quadro mais completo e com mais nuances do STF durante o período. Segundo, a diversidade de temas (moradia, educação, saúde, assistência social, direitos trabalhistas e serviços essenciais) julgados pelo STF nesse contexto de gravidade e urgência é um assunto que interessa diretamente à literatura sobre direitos sociais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 197 13/02/2025 10:04:40

Por fim, vale ressaltar que foge ao escopo deste artigo avaliar se o STF usou o argumento da pandemia de forma consistente entre os diversos temas analisados neste estudo. Também não há uma avaliação crítica sobre o posicionamento do STF nos casos discutidos aqui. Vale, ainda, dizer que a metodologia empregada não permite analisar as ações em que não houve decisão do STF. Não decidir é uma escolha que pode dizer muito sobre preferências, estratégias e práticas de um tribunal (ARGUELHES; HARTMANN, 2017). Todas essas questões são tópicos promissores para futuras agendas de pesquisas, para as quais, espera-se, o presente texto servirá como ponto de partida.

The Brazilian Supreme Federal Court and the socioeconomic impacts of Covid-19

Abstract: The covid-19 pandemic, apart from its devastating impact on public health, has also caused a serious socioeconomic crisis. This article analyses the case-law of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) related to public measures for alleviating the socioeconomic impact of the pandemic. With the support of data science and artificial intelligence, the STF's decisions on this topic were systematically and exhaustively collected. These decisions were classified into the following topics: housing, social care, police operations, electricity supply, private healthcare and education, and labour and pensions legislation. Based on this classification, this article aims to collect, organize and qualitatively describe the relevant material to understand how the STF struck the balance between, on one hand, to offer social protection for the vulnerable populations affected by the pandemic and, on the other, to avoid making decisions of larger economic and budgetary impact.

Keywords: Brazilian Supreme Federal Court. Covid-19. Socioeconomic crisis. Poverty. Data science.

Summary: **1** Introduction – **2** Methodology – **3** Results – **3.1** Right to housing – **3.2** Social Welfare – **3.3** Electricity supply – **3.4** Private education – **3.5** Health insurance plans – **3.6** Labor legislation – **3.7** FGTS withdrawals – **4** Discussion – **5** Conclusion – References

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* Combate à Covid-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública – RAP*, v. 54, n. 4, p. 663-677, jul./ago. 2020.

AHMAD, Khansa *et al.* Association of poor housing conditions with COVID-19 incidence and mortality across US counties. *PloS ONE*, v. 15, n. 11, p. 1-13, Nov. 2020.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. A persistência de conflitos possessórios coletivos e despejos violentos no Brasil. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 17, p. 21-31, 2022.

ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa? Remoções forçadas e COVID-19. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, p. 2147-2173, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's Agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, p. 105-140, Mar. 2017.

RBDFJ51_MIOLO.indd 198 13/02/2025 10:04:40

BARROS, Alexandre. Desemprego chega a 14,7% no primeiro trimestre, maior desde 2012. *Agência IBGE Notícias*, 27 maio 2021. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30793-desemprego-chega-a-14-7-no-primeiro-trimestre-maior-desde-2012-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas. Acesso em: 6 fev. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 3, p. 831-858, 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Benefícios aos cidadãos. *Portal da Transparência*, [2022]. Brasília: Controladoria-Geral da União. Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios. Acesso em: 6 fev. 2022.

CARDOSO, Bruno Baranda. A implementação do auxílio emergencial como medida excepcional de proteção social. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 4, p. 1052-1063, jul./ago. 2020.

CINTRA, Milena; ABREU, Tâmara dos Reis de. O reajuste do plano de saúde pela ANS durante a pandemia do covid-19. *Migalhas*, 26 fev. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/340923/o-reajuste-do-plano-de-saude-pela-ans-durante-a-pandemia-do-covid-19. Acesso em: 26 fev. 2022.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Impacto da pandemia da Covid-19 na federação brasileira: descentralizando a disfuncionalidade. *Opinión Jurídica*, v. 19, n. 40, p. 225-242, 2020.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O STF como justiça política do capital*: a desconstrução do Direito do Trabalho por intermédio de decisões judiciais sintonizadas com os ímpetos do mercado neoliberal (2007-2020). Orientador: Daniela Muradas Antunes. 2020. 645f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

CUNHA, Luciana Gross; ALMEIDA, Eloísa Machado de; FERRARO, Luíza Pavan. STF e a pandemia: controle constitucional concentrado durante o primeiro ano da pandemia Covid-19 no Brasil. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 45, 2021, na forma remota. *Anais* [...]. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2021.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A Pandemia de Covid-19 e os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: Uma Guinada Jurisprudencial ou mera Continuidade da Função Integrativa da Corte? *Direito Público*, v. 17, n. 96, 2020. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4511. Acesso em: 28 mar. 2024.

DESPEJO ZERO. *Quadro Comparativo* – ADPF 828 e Lei 14.216-2021. [2022]. Disponível em: https://www.campanhadespejozero.org/quadro-comparativo-lei-adpf. Acesso em: 6 fev. 2022.

DIAS, Roberto; TEDESCO, Thomaz Fiterman. Covid-19, Direitos Sociais Trabalhista e Jurisprudência da Crise: O Supremo Tribunal Federal em Postura Pragmática. *Direito Público*, v. 17, n. 96, p. 308-331, 2020.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Entre a usurpação e a abdicação? – O direito à saúde no Judiciário do Brasil e da África do Sul. *In*: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). *Constituição e política na democracia*: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 115-149.

FIRPO, Sergio; TAVOLARI, Bianca. Políticas de moradia em momentos de crise: a centralidade do aluguel. *In*: MACHADO, Laura Muller (Org.). *Legado de uma pandemia*: 26 vozes conversam sobre os aprendizados para política pública. Rio de Janeiro: Autografia, 2021. P. 60-75.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2018. São Paulo: *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, v. 12, 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranc%CC%A7a-Pu%CC%81blica-2018.pdf. Acesso em: 6 fev. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2019. São Paulo: *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, v. 13, 2019. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf. Acesso em: 6 fev. 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 199 13/02/2025 10:04:41

FRAZÃO, Hugo Abas; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Covid-19, risco de *backsliding* e reação dos Tribunais Constitucionais: um contraste entre Itália e Brasil. *Suprema*: *Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 323-362, 2021.

GAIO, Daniel; MESQUITA FILHO, Osvaldo José Gonçalves de. Direito à moradia e pandemia: mobilização social e respostas institucionais. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, v. 3, n. 1, p. 323-352, 2023.

GALINDO, Eryka *et al*. *Working paper 4*: efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil. 2. ed. Berlim: Freie Universität, 2022. (Food for Justice Working Paper Series, 4).

GLEZER, Rubens. As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 395-434, 2021.

GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura. P.; CADEDO, Matheus. O mito da jurisprudência federalista concentradora do STF: uma nova proposta de análise dos conflitos federativos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 15, n. 47, p. 83-111, jan./jun. 2021.

GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à Covid-19. *Direito Público*, v. 17, n. 94, p. 193-217, 2020.

GREER, Scott L. *et al*. (Ed.). *Coronavirus politics*: the comparative politics and policy of COVID-19. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2021.

GRUPO DE ESTUDOS DOS NOVOS ILEGALISMOS. *Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro*: os impactos da ADPF 635 na defesa da vida: relatório final. Rio de Janeiro: GENI, mar. 2021.

HALL, Mark A.; WRIGHT, Ronald F. Systematic Content Analysis of Judicial Opinions. *California Law Review*, v. 96, n. 1, p. 63-122, 2008.

HARTMANN, Ivar Alberto; MAIA, Natália; SILVA, Lorena Abbas da; MARPIN, Ábia; ALMEIDA, Guilherme. Como STF e STJ decidem Habeas Corpus durante a Pandemia do COVID-19? Uma Análise Censitária e Amostral. 2 jul. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3659624 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3659624.

IPEA. *Políticas Sociais*: acompanhamento e análise. Brasília: IPEA, v. 28, 2021.

INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. *World Economic Outlook* – Managing divergent recoveries. Washington, DC: International Monetary Fund, Apr. 2021. Disponível em: https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/03/23/world-economic-outlook-april-2021. Acesso em: 6 fev. 2022.

KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press. 2012.

LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Guerreiro. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 7, nº 3, 2017 p. 818-843.

LEONI, Fernanda. O papel do Supremo Tribunal Federal na intermediação dos conflitos federativos no contexto da Covid-19. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 27, n. 87, p. 1-17, 2022.

MATHIEU, Edouard *et al*. *Coronavirus Pandemic* (*COVID-19*). Our World in Data, 2020. Disponível em: https://ourworldindata.org/covid-deaths. Acesso em: 6 fev. 2022.

MICHELMAN, Frank. The Constitution, social rights, and liberal political justification. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, p. 13-34, jan. 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – MEC. *Censo escolar 2020*: resultados do questionário: resposta educacional à pandemia de Covid-19 no Brasil. Brasília: INEP, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-resposta-educacional-a-pandemia-de-covid-19. Acesso em: 2 maio 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 200 13/02/2025 10:04:41

MINISTRO Barroso estende até março de 2022 suspensão de despejos e desocupações na pandemia. *Notícias STF*, 1º dez. 2021.

NASSIF-PIRES, Luiza; CARDOSO, Luísa; OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. *Gênero e raça em evidência durante a pandemia no Brasil*: o impacto do auxílio emergencial na pobreza e extrema pobreza. São Paulo: Centro de Pesquisa em Macroeconomia das Desigualdades, 22 abr. 2021. (Nota de política econômica, n. 10).

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, p. 1-44, 2021.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana; TAVARES, Ana Claudia Diogo; VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Campo jurídico, direito à moradia digna e ADPF 828. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, v. 3, n. 1, p. 283-322, 2023.

RASELLA, Davide *et al*. Effect of a conditional cash transfer programme on childhood mortality: a nationwide analysis of Brazilian municipalities. *The Lancet*, Reino Unido, v. 382, n. 9886, p. 57-64, July 2013.

REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM SOBERANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL – REDE PENSSAN. Inquérito nacional sobre insegurança alimentar no contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil. Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional, 2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

SECRETARIA DE AVALIAÇÃO, GESTÃO DE INFORMAÇÃO E CADASTRO ÚNICO – SAGICAD. Programa Bolsa Família - quantidade de benefícios por tipo (até outubro/2021). *VIS DATA 3 beta*. [2022]. Disponível em: VIS DATA 3 beta (mds.gov.br). Acesso em: 10 fev. 2022.

SENADO FEDERAL. *SIGA Brasil*. Painel Cidadão, [2022]. Disponível em: https://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fsigabrasilpainelcidadao.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true&Sheet=shOrcamentoVisaoGeral. Acesso em: 6 fev. 2022.

SIMONI JUNIOR, Sergio; LAZZARI, Eduardo; FIMIANI, Heloísa. Federalismo fiscal na pandemia da Covid-19: Do federalismo cooperativo ao bolsonarista. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 27, n. 87, p. 1-20, 2022.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira *et al*. *Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a pobreza e a desigualdade*: um balanço dos primeiros quinze anos. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. (Texto para discussão, 2499).

STF suspende despejos e desocupações em áreas urbanas e rurais até março de 2022. *Notícias STF*, 9 dez. 2021.

TAVOLARI, Bianca; ALVES, Saylon; NISIDA, Vitor. *Nota técnica*: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 828. São Paulo: Insper, Núcleo de Questões Urbanas, dez. 2021.

TAVOLARI, Bianca; MENDONÇA, Pedro Rezende; ROLNIK, Raquel. Precisamos falar sobre aluguel: medidas de proteção são adotadas ao redor do mundo, mas não no Brasil. *Quatro Cinco Um*: a revista dos livros, São Paulo, 16 mar. 2021.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2008.

UNESCO. *Education*: from school closure to recovery. [2022]. UNESCO. Disponível em: https://www.unesco.org/en/covid-19/education-response#durationschoolclosures. Acesso em: 2 dez. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VITAL, Danilo. TRF-5 derruba liminar que obrigava planos de saúde a cobrir teste de Covid-19. *Consultor Jurídico*, Brasília, 14 de jul. 2020.

RBDFJ51_MIOLO.indd 201 13/02/2025 10:04:41

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

WANG, Daniel Wei Liang; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes; ARMANI, Gabriela Fischer. Supremo Tribunal Federal, Covid-19 e as finanças públicas: uma análise jurisprudencial com suporte da ciência de dados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 282, n. 2, p. 249-287, 2023.

WANG, Daniel Wei Liang *et al*. O STF e as medidas para prevenção e tratamento da covid-19. *Revista Direito GV*, v. 19, p. e2336, 2023a.

WANG, Daniel Wei Liang *et al*. Why Has a Progressive Court Failed to Protect the Prison Population gainst COVID-19? Mass Incarceration and Brazil's Supreme Court. *Health and Human Rights*, v. 25, n. 2, p. 67-82, 2023b.

WANG, Daniel Wei Liang *et al*. Decidindo não decidir: a atuação penal do STF durante a pandemia de Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, p. e884, 2024.

WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS, Natália Pires de. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social o STF e o critério de renda do BPC. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 103, p. 135-151, nov. 2015.

YOUNG, Iris. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n.3: 385-420, 2010.

RBDFJ51_MIOLO.indd 202 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
ACO 3359	28/04/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Assistência social
ACO 3359 MC	08/04/2021	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Assistência social
ACO 3359 MC	29/06/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Assistência social
ACO 3359 MC	20/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Assistência social
ACO 3359 MC-Ref	05/08/2020	MARCO AURÉLIO	Acórdão (Pleno)	Assistência social
ADO 56	28/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Assistência social
ADO 56 Ref	30/04/2020	ROBERTO BARROSO	Acórdão (Pleno)	Assistência social
ADPF 662 MC	03/04/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	Assistência social
ADPF 672	17/09/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Assistência social
ADPF 672	23/06/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Assistência social
ADPF 672	08/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Assistência social
ADPF 672 MC-Ref	13/10/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Assistência social
ADPF 709	21/10/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	16/06/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	16/03/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	18/12/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	31/08/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	21/08/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	06/08/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social

RBDFJ51_MIOLO.indd 203 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
ADPF 709 MC	22/07/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC	08/07/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC-AgR	17/05/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC-ED-segundos	17/05/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 709 MC-Ref	05/08/2020	ROBERTO BARROSO	Acórdão (Pleno)	Assistência social
ADPF 709 MC-Ref	05/08/2020	ROBERTO BARROSO	Acórdão (Pleno)	Assistência social
ADPF 709 TPI	24/05/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Assistência social
ADPF 742 ED	26/05/2021	EDSON FACHIN	Monocrática	Assistência social
ADPF 742 ED	19/03/2021	EDSON FACHIN	Monocrática	Assistência social
ADPF 742 MC	24/02/2021	EDSON FACHIN	Acórdão (Pleno)	Assistência social
ARE 1301367	16/03/2021	EDSON FACHIN	Monocrática	Assistência social
ARE 1323252	10/05/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Assistência social
ARE 1324062	07/06/2021	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Assistência social
ARE 1327084	28/05/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Assistência social
MS 37264	17/07/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Assistência social
MS 37537	25/05/2021	GILMAR MENDES	Monocrática	Assistência social
MS 37574	26/05/2021	GILMAR MENDES	Monocrática	Assistência social
Rcl 41850 MC	26/06/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Assistência social
Rcl 46261 MC	15/03/2021	CÁRMEN LÚCIA	Monocrática	Assistência social

RBDFJ51_MIOLO.indd 204 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
SL 1342 MC	23/06/2020	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Assistência social
SL 1360 MC	01/09/2020	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Assistência social
STP 342	02/07/2020	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Assistência social
STP 495 MC	29/07/2020	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Assistência social
STP 705	17/12/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Assistência social
STP 745	05/05/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Assistência social
ADI 6341	03/07/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Moradia
ADPF 828 MC	03/06/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Moradia
Pet 9107	02/09/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	Moradia
Pet 9382 MC	13/01/2021	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Moradia
Rcl 42329	02/02/2021	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Moradia
Rcl 42329 MC	21/07/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Moradia
Rcl 43058 MC	02/09/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	Moradia
Rcl 43907 MC	07/10/2020	ROSA WEBER	Monocrática	Moradia
Rcl 45260	26/03/2021	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Moradia
Rcl 45260 ED	17/05/2021	RICARDO LEWANDOWSKI	Acórdão (2ª Turma)	Moradia
Rcl 45260 ED-EDv	18/06/2021	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Moradia
Rcl 45319 MC	23/12/2020	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Moradia
Rcl 45319 MC-AgR	15/03/2021	RICARDO LEWANDOWSKI	Acórdão (2ª Turma)	Moradia
Rcl 45671	02/02/2021	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Moradia
Rcl 46297	24/03/2021	NUNES MARQUES	Monocrática	Moradia

RBDFJ51_MIOLO.indd 205 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
Rcl 46315 MC	16/03/2021	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Moradia
Rcl 46919	20/04/2021	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Moradia
Rcl 46980 MC	23/04/2021	ROSA WEBER	Monocrática	Moradia
Rcl 47147	07/06/2021	NUNES MARQUES	Monocrática	Moradia
Rcl 47433	25/05/2021	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Moradia
Rcl 47531 MC	12/06/2021	EDSON FACHIN	Monocrática	Moradia
Rcl 47784	10/06/2021	ROSA WEBER	Monocrática	Moradia
RE 1017365	01/09/2020	EDSON FACHIN	Monocrática	Moradia
RE 1017365	06/05/2020	EDSON FACHIN	Monocrática	Moradia
RMS 36924	23/04/2021	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Moradia
ADI 6423	21/12/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Ensino privado
ADI 6423 ED	22/03/2021	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Ensino privado
ADI 6435	21/12/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Ensino privado
ADI 6575	21/12/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Ensino privado
ADI 6376 MC	27/08/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
ADI 6406	21/12/2020	MARCO AURÉLIO	Acórdão (Pleno)	Fornecimento de energia elétrica
ADI 6432	08/04/2021	CÁRMEN LÚCIA	Acórdão (Pleno)	Fornecimento de energia elétrica
SL 1361	01/02/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
SL 1361 AgR	29/03/2021	LUIZ FUX	Acórdão (Pleno)	Fornecimento de energia elétrica

RBDFJ51_MIOLO.indd 206 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
SL 1403	19/02/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
SL 1403 AgR	29/03/2021	LUIZ FUX	Acórdão (Pleno)	Fornecimento de energia elétrica
SL 1403 TP	30/12/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 272	01/02/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 272 MC	27/05/2020	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 409	23/12/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 416	01/02/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 690	23/03/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 690 MC	01/02/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 691	26/02/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 691 MC	28/12/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 693	02/03/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 706	08/03/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica

RBDFJ51_MIOLO.indd 207 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
STP 707	04/03/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 707 MC	30/12/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 766	15/06/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 766 MC	13/04/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 772	08/06/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
STP 772 MC	22/04/2021	LUIZ FUX	Monocrática	Fornecimento de energia elétrica
ADI 6342	14/04/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6342 MC	26/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6342 MC-Ref	29/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6344	05/08/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6344 MC	28/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6344 MC-Ref	29/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6346	05/08/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6346 MC	29/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6346 MC-Ref	29/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6348	10/08/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista

RBDFJ51_MIOLO.indd 208 13/02/2025 10:04:41

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Continua)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
ADI 6348 MC	29/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6348 MC-Ref	29/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6349 MC	01/04/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6349 MC-Ref	29/04/2020	MARCO AURÉLIO	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6352	22/09/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6352 MC	01/04/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6352 MC-Ref	29/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6354	12/08/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6354 MC	31/03/2020	MARCO AURÉLIO	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6354 MC-Ref	29/04/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Acórdão (Pleno)	Legislação trabalhista
ADI 6363 MC	03/04/2020	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6363 MC-ED	13/04/2020	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6404 MC	05/05/2020	LUIZ FUX	Monocrática	Legislação trabalhista
MI 7312	26/06/2020	ALEXANDRE DE MORAES	Monocrática	Legislação trabalhista
MS 37.128	15/05/2020	ROBERTO BARROSO	Monocrática	Legislação trabalhista
MS 37.302	26/08/2020	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Legislação trabalhista
SS 5384	08/09/2020	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Legislação trabalhista
ADI 6371	22/04/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	FGTS
ADI 6371 MC	29/05/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	FGTS
ADI 6379	22/04/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	FGTS

RBDFJ51_MIOLO.indd 209 13/02/2025 10:04:42

ANEXO: Tabela de decisões analisadas

(Conclusão)

Decisão	Data	Relator	Tipo de decisão	Tema
ADI 6379 MC	29/05/2020	GILMAR MENDES	Monocrática	FGTS
ADI 6486	06/08/2020	RICARDO LEWANDOWSKI	Monocrática	Planos de saúde
ADI 6491 MC	17/03/2021	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Planos de saúde
ADI 6538	17/03/2021	DIAS TOFFOLI	Monocrática	Planos de saúde

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WANG, Daniel Wei Liang *et al.* O STF e os impactos econômicos e sociais da Covid-19. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 169-210, jul./dez. 2024.

Recebido em: 01.07.2023
Pareceres: 09.02.2024, 19.02.2024, 19.03.2024, 31.07.2024
Aprovado em: 13.08.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 210 13/02/2025 10:04:42

NEURORIGHTS AS A NEW MANIFESTATION OF THE PROTECTION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN BRAZIL

Alisson Alexsandro Possa

Advogado. Mestre em Direito Constitucional (IDP). Especialista Externo no GT de Adequação à LGPD do Supremo Tribunal Federal, designado pela Portaria nº 105/24. Membro da Comissão de Proteção de Dados da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça, designado pela Portaria nº 69/24. Membro da Comissão de Direito Digital da OAB Nacional e Coordenador do Subcomitê de Acompanhamento Legislativo e Regulatório no GT de Proteção de Dados e Tecnologia da Frente Parlamentar do Setor de Serviços. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1795396755751129.

Laura Schertel Mendes

Advogada. Coordenadora do mestrado profissional em Direito do IDP. Professora do IDP e da Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito Privado pela Universidade Humboldt de Berlim. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Membro da Diretoria da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV-Berlim) e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Diretora do Centro de Direito, Internet e sociedade do IDP (CEDIS/IDP). Foi uma das autoras do anteprojeto de lei de proteção de dados que resultou na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Relatora da Comissão de Juristas da Câmara dos Deputados responsável pela elaboração do anteprojeto de lei de proteção de dados na persecução penal. Autora do livro "Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental" (Saraiva, 2014) e coordenadora do Tratado de Proteção de Dados Pessoais (Editora Gen, 2020). Lattes: http://lattes.cnpq.br/6210487847571233.

Abstract: Neuroscience and neurotechnology are advancing in various fields of human life, with a tendency for devices that directly interact with neural activity to reach the mass entertainment consumer market, as a consequence of investments from large technology companies. Neurorights emerge as a proposal for new rights that seek to guarantee mechanisms of prevention and mitigation of damages against threats resulting from these technologies. This article analyses the current scenario of international discussions on the subject and the relationship with the protection of the dignity of the human person in Brazil, concluding that the right to cognitive freedom is a new protection of personality in the context of a neurotechnological society.

Keywords: Neurotechnologies. Neurorights. Development of personality. Constitutional law. Digital constitucionalism

Summary: Introduction – **1** Neurotechnologies and new risks – **2** Proposals for neurorights – **3** A framework for the protection of neurorights grounded on constitutional protection of personality – **4** The right to privacy and protection of personal data and the right to neuroprivacy – Conclusions – References

RBDFJ51_MIOLO.indd 211 13/02/2025 10:04:42

Introduction

On 30 November 2021, the Chilean government approved a constitutional proposal that enshrined neuroethical rights as fundamental human rights, marking the advent of state-level regulatory measures pertaining to neurotechnology.

The Supreme Court of Chile recently published its inaugural decision based on the aforementioned constitutional provision (Article 19), which asserted that devices manufactured by Emotiv may potentially contravene the constitutional protection of physical and psychological integrity. Consequently, the company is obliged to implement measures to demonstrate that its product incorporates adequate security and transparency protocols for the utilisation of neural data. This movement stems from concerns over the risks they are likely to present to society, as the paths of technological evolution seem to indicate. While the idea of a human being who controls electronic equipment through thoughts and interacts with universes generated virtually through devices was a motif of science fiction films, books, and comics, neuroscientific studies evolved in a way to allow such possibilities. Companies such as Neuralink work on the development of devices that enable people to control computers and mobile gadgets directly from their brains, through neural activity.[1]

In the legal field, neurotechnologies raise concerns in the field of human rights[2] and are the subject of debate with respect to the need for new autonomous rights. Thus, a new proposal for normative systematization emerged; named *neurorights,* these are new human rights[3] which must be regulated as fundamental rights, to guarantee protection against possible damage caused by neurotechnologies.

In the academic discussion, a variety of authors offer differing viewpoints on how best to address the ethical and legal challenges posed by neurotechnologies. In Brazil, for instance, academic discussions have been influenced by two main lines of debate:[4] one focusing on neuroethics, led by Rafael Yuste and the Neuroright Foundation, and another adopting a normative approach, mainly represented by

1 According to the company's description "As a first application of this technology, we plan to help people with quadriplegia by giving them the ability to control computers and mobile devices directly with their brains". Available at: https://neuralink.com/applications/. Accessed on: April 28, 2022.

2 YUSTE, Raphael; GENSER, Jared; HERRMANN, Stephanie. It's Time for Neuro-Rights. Horizons: *Journal of International Relations and Sustainable Development*, no. 18, p. 154-165, 2021, p.154.

3 Defenders of neurorights as human rights argue that these technologies will affect everybody, calling for an international approach that builds safeguards. In this regard, see NEURORIGHTS FOUNDATION. *International human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology*. May 6, 2022. Available at: https://static1.squarespace.com/static/60e5c0c4c4f37276f4d458cf/t/6275130256dd5e2e11d4bd1b/1651839747023/Neurorights+Foundation+PUBLIC+Analysis+5.6.22.pdf . Accessed on October 24, 2022.

4 A number of academic papers on the subject can be found in the CAPES repository of articles, theses and dissertations using the keyword "neurorights" and which deal with the authors cited in this paper. See: FLORES FILHO, Firmo, 2022; POSSA, 2022; OLIVEIRA, 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 212 13/02/2025 10:04:42

Marcello Ienca and Rafael Andorno. While Yuste and his group focus on ethical principles and the broader global framework for neurorights, Ienca and Andorno propose a structured legal approach, considering neurorights as an essential extension of fundamental human rights.

The focus of this article is the normative approach, drawing primarily on the work of Ienca and Andorno.[5] This choice is based on their centrality in international discussions, which was the first theory to use the name "neuroright"[6] with a normative construction. Their work provides a structured legal framework that aligns with current concerns in both international and Brazilian contexts, offering a concrete basis for exploring the interaction between neurotechnologies and existing constitutional rights. Ienca and Andorno's theories offer a comprehensive legal proposal that addresses the need for fundamental rights protection in the face of neurotechnological advancements.

In this context, where the international scenario debates proposals for abstract rights, this article seeks to answer the following question: do the risks of neurotechnologies demand the structuring of new fundamental rights and the partial restructuring of fundamental rights already expressed in the Brazilian Constitution? The methodology adopted was bibliographic, starting from the analysis of the proposals of a normative system of neurorights, focusing on the work of Marcello Ienca and Rafael Andorno. The centrality of these authors' work in the debate stems from their effort to integrate ethical considerations into a structured normative framework, a focus that has resonated significantly within international human rights law discussions.

The aim is to identify the scope of protection addressed by the proposal adopted in common by both of them and to analyze its relationship with the main constitutional protections currently in place in Brazil to then conclude on the relationship of neurorights and the protection of the personality.

1 Neurotechnologies and new risks

Neurotechnology stands as one of the areas that has flourished in the study of neurosciences since Brain-Computer Interface (BCIs*)* devices are capable of reading brain signals and converting them into other signals for control and communication

[5] IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. Life sciences, society and policy, v. 13, no. 1, p. 1-27, 2017.

[6] IENCA, Marcello. On neurorights. *Frontiers in Human Neuroscience*, v. 15, p. 701258, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.701258. Acesso em: 27 set. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 213 13/02/2025 10:04:42

with other devices, without using the traditional peripheral nervous and muscular systems.[7]

Market investments for the development of these technologies are evolving beyond the medical field, with studies for military, educational and recreational applications.[8] The total market for these technologies amassed $4.8 billion in 2018, reaching $13.3 billion in 2022.[9]

In this scenario, risks arise from the access to neural data, which are quantitative data about the human brain that store information about the structure, activity and function of the brain.[10] Given the characteristics of neural data, the risks are exacerbated by possible combinations with artificial intelligence and the Internet of Things, which increase the possibilities of collection and use[11]. Those risks can be divided into three main types: risks to privacy and mental integrity, risks to physical integrity, and neurocrime:

1. Privacy and Mental Integrity Risks: The use and processing of neural data present significant challenges to mental privacy. Ienca and colleagues[12] identify two key difficulties: the first involves the individual's ability to filter and control the flow of private information. Brain data is inherently complex and interconnected, making it impossible to separate data intended for processing from private information within the human brain. The second difficulty relates to the fact that brain information represents the last source of individual privacy, encompassing unperformed actions and unexpressed thoughts that are inaccessible by conventional surveillance or digital tracking. This leads to a loss of control over personal data, effectively preventing the exercise of informational self-determination.
2. Physical Integrity Risks: Neurotechnologies can directly influence the functioning of the human body, leading to potential violations of physical integrity. For instance, BCIs are being used to assist individuals with severe motor limitations, such as enabling paraplegic patients to walk using an exoskeleton.[13] While promising, such technologies can pose physical risks

[7] LIV, Nadine. Neurolaw: Brain-Computer Interfaces. University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy (Minnesota). *Pol'y*, v. 15, p. 328-354, 2021, p. 329-330.

[8] ROYAL SOCIETY. iHuman: blurring lines between mind and machine. *Royal Society*, 2019. Available at: https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/ihuman/report-neural-interfaces.pdf. Accessed on: May 02, 2022.

[9] RESEARCH AND MARKETS. *The Market for Neurotechnology*: 2018-2022. 2018.

[10] IENCA, Marcello *et al*. Towards a Governance Framework for Brain Data. *Neuroethics*, v. 15, n. 2, p. 1-14, 2021, p. 3-4.

[11] *Ibid.*, p. 5.

[12] *Ibid.*, p. 6.

[13] JOVEM paraplégico usa exoesqueleto e chuta bola na abertura da Copa. *G1*, 12 de junho de 2014. Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/06/jovem-paraplegico-usa-exoesqueleto-chuta-bola-na-abertura-da-copa.html. Accessed on: October 20, 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 214 13/02/2025 10:04:42

if hacked, malfunctioning, or improperly used, potentially compromising the user's bodily autonomy.[14] Another example involves BCIs used to restore sensory functions, such as the mechanical eyes developed by Second Sight Medical Products that allow blind individuals to see again.[15] The complexity of these interfaces introduces risks associated with their direct connection to the nervous system, where failures could lead to serious physical harm.

3. Neurocrimes: Neurocrimes are malicious actions targeting neurotechnological devices, potentially modifying or interrupting their operation.[16] These crimes may not necessarily involve access to the content of neural data but rather the unauthorized control over the devices interfacing with the brain. Information security risks in neurotechnology are highlighted through studies in neurosecurity, which have identified potential attacks called brain-hacking. These involve aggressive and non-consensual access to intimate thoughts and emotions, posing a direct threat to the individual's mental integrity. For example, an attacker could gain control over a BCI, thereby influencing the user's motor functions or emotional states.[17] In the military context, BCIs developed to enhance soldiers' capabilities could be exploited, causing severe consequences for individuals and society.[18]

2 Proposals for neurorights

Given the concerns about these risks, two theories of neurorights, an umbrella term encompassing several types of rights that seek to protect different dimensions of brain activity and neural data, have garnered international academic attention in recent years.

The first, by Rafael Yuste, Sara Georing and colleagues, lists four areas of ethical concerns that engineers, technology developers and academic researchers should be exposed to. They are: (i) privacy and consent; (ii) agency and identity; (iii) enhancement and (iv) algorithmic biases.[19]

---

14 STEINERT, Steffen; FRIEDRICH, Orsolya. Wired emotions: Ethical issues of affective brain-computer interfaces. *Science and engineering ethics*, v. 26, no. 1, p. 351-367, 2020, p. 353.

15 STRICKLAND, Eliza; HARRIS, Mark. Their bionic eyes are now obsolete and unsupported: Second Sight left users of its retinal implants in the dark. *IEEE Spectrum*. February 20, 2022. Available at: https://spectrum.ieee.org/bionic-eye-obsolete. Accessed on December 21, 2022.

16 IENCA; HASELAGER, 2016, p. 1.

17 IENCA, Marcello; HASELAGER, Pim. Hacking the brain: brain–computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity. *Ethics and Information Technology*, v. 18, no. 2, p. 117-129, 2016, p. 117-118.

18 IENCA; ANDORNO, 2017, p. 118-119.

19 YUSTE, Rafael *et al*. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. *Nature*, v. 551, no. 7679, p. 159-163, 2017, p. 160-161.

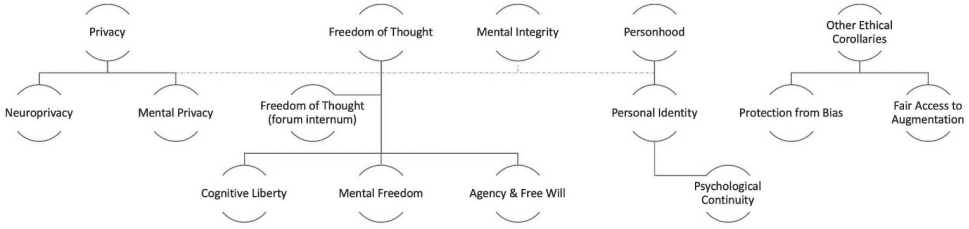
RBDFJ51_MIOLO.indd 215 13/02/2025 10:04:42

Nevertheless, this theory has given rise to controversy in academic literature. Those with opposing views, such as Bublitz, argue that Yuste's approach lacks the methodological and conceptual rigor typically associated with the legal sciences. He suggests that it resembles activism rather than a structured legal framework. These critics challenge the viability of clearly delineating categories of neurorights, noting the ambiguity in Yuste's framework that combines ethical principles with enforceable legal rights. Their critique underscores a broader academic discussion on whether neurorights should be regarded as distinct, self-standing legal entitlements or incorporated into existing human rights frameworks.[20]

The second theory is that of Marcello Ienca and Rafael Andorno, which consists of four types of neurorights as a reconceptualization of the existing ones: (i) cognitive freedom; (ii) neuroprivacy; (iii) mental integrity and (iv) psychological continuity.[21]

In 2021, Ienca published a study on the evolution of theoretical discussions about neurorights and the most relevant proposals in the international debate, situating all normative types with their origin in ethical conceptions. He identified the following taxonomy on neurorights:[22]

Figure 1. A taxonomy of neurorights



Considering that the focus of the international debate is the need for an international and harmonized response to human rights, the theory of Ienca and Andorno presents sufficient normative elements for a comparative analysis with a structure of constitutionally established fundamental rights, motivating the choice for the study in question.

[20] BUBLITZ, 2022, p. 4-12.
[21] IENCA; ANDORNO, 2017, p. 9.
[22] IENCA, 2021, *op. cit.*

RBDFJ51_MIOLO.indd 216 13/02/2025 10:04:42

2.1 Cognitive freedom or cognitive liberty

Cognitive freedom is defined by Ienca and Andorno as a fundamental right in the following terms: "the right and freedom to control one's own consciousness and electrochemical thought processes is the necessary substrate for just about every other freedom".[23]

The normative characteristics of this right were structured in 2013 by Bublitz, who describes it as a dimension to expand the general freedom of self-determination (free will*),* responsible for protecting the mental sphere against third-party interventions, something that supposedly this general right of freedom does not reach, as it is focused on a right of individual development and not on a prohibition of direct interventions in mental processes. For him, "Cognitive liberty is, in a way, the right to free will, protecting the conditions of possibilities of 'free' actions and therewith of blame and retribution".[24]

Freedom of conscience, personality rights, privacy, and the right to mental integrity are recognized as approximate rights of this construction, but they are not adequate to protect the particularities of neurotechnologies based on the premise that their elaborations never needed to consider criteria for direct interference in mental activity, lacking a legal principle that guarantees the possibility of more concrete regulations protecting the mental sphere against interventions by third parties.[25]

The dimensions of this right, according to the authors, are: (i) the freedom to change one's own conscience, allowing the retention or elimination of any mental state and the exercise of mental capacities and (ii) the protection against the imposition of other wills by third parties, whether through coercive use or prohibition of the use of neurotechnology. Thus, two obligations arise: a negative one of non-interference in mental processes through the manipulation of neural data, and a positive one, which obliges States to promote cognitive freedom.[26]

In terms of effectiveness, it is not an absolute right, as interference is possible in the face of conflict with other rights or interests, but the analysis depends on the specific case through criteria such as the consequence of effects (positive or negative) and the intensity of interferences.[27]

[23] IENCA; ANDORNO, 2017, p. 10.
[24] BUBLITZ, Jan-Christoph. My mind is mine!? Cognitive liberty as a legal concept. *In*: *Cognitive enhancement*. Springer, Dordrecht, 2013, p. 242.
[25] *Ibid.*, p. 244-249.
[26] *Ibid.*, p. 250-251.
[27] *Ibid.*, p. 255.

RBDFJ51_MIOLO.indd 217 13/02/2025 10:04:42

2.2 Neuroprivacy

It can be seen that the right to mental privacy is distinct from the right to privacy and protection of personal data. This is due to the fact that neural data concerns the most intimate aspects of private life and personality, in addition to the methods through which they are collected. The big inconsistency with a general right to privacy and data protection would be the fact that not only do neurotechnologies have access to data as they manifest in real time, but also to the origin of these data: the neural activity.[28]

As a protection framework, it safeguards not only the manifested thoughts, but also the moment of their conception in the brain structure, even if they are not implemented.[29] It also achieves manifestations through electromagnetic readings, which can be stored outside the central nervous system (for example, in databases collected by BCIs).

The issue of effectiveness, whether absolute or relative, is left open, considering that the breach of neural privacy for access to memories and thoughts may compromise other fundamental rights, such as the right to the presumption of innocence, in addition to the fact that their relativization could generate States of authoritarian surveillance that would surpass Orwell's *Big Brother.* Relativization of the possibility of using neurotechnologies that read thoughts would constitute an affront to the dignity of the human person itself.[30]

2.3 Mental integrity

The right to mental integrity seeks protection in cases where interference with neural data do not result in loss of privacy (meaning access to personal information), but when it directly impacts mental computing, a scope of application different from that provided for in art. 3 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union,[31] which emphasizes the elements of medicine and biology related to it.[32]

To comprehend this new scope of the right to mental integrity, it is necessary to grasp the current stage of knowledge on how neural data correlate with the central and peripheral nervous systems. Currently, the sciences related to the

[28] IENCA; ANDORNO, 2017, p. 13-14.
[29] *Ibid.*, p. 14-15.
[30] FARINELLA, Favio; GULYAEVA, Elena Evgenyevna. Human neuro-rights. *QUAESTIO IURIS MAGAZINE*, v. 15, no. 1, p. 278-299, 2022, p. 290.
[31] 3.1 Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.
[32] IENCA; ANDORNO, *op. cit.*, p. 18.

RBDFJ51_MIOLO.indd 218 13/02/2025 10:04:42

study of the brain at the physical, molecular, and cellular levels already have a considerable degree of information to understand its dispositions and structures. The issue lies in knowing the system as a whole, since the amount of data needed to understand the far-reaching relationship between these activities may never be generated.[33]

This problem of the far-reaching relationships between the molecular, cellular and structural elements of the nervous system (central and peripheral) is important, since they are the ones that, when manifested, are part of the process of cognition of the world by human beings.

We are talking about the relationship between structure (the brain), processes (the linkages of cellular and molecular activities in a complex system), and manifestations (thoughts, behaviors), which ultimately form part of an individual's sense of self.

Thus, the right to mental integrity protects the neural data responsible for mental computation (in any of its stages or levels) against unwanted external interventions. For an action to be considered a threat to mental integrity, there are three requirements: (i) direct access and manipulation of neural data; (ii) lack of authorization from the user of the technology and (iii) physical and/or psychological harm as a result.[34]

2.4 Psychological continuity

The right to psychological continuity has similarities with the right mentioned above, as it also seeks to guarantee protections against non-consensual manipulation of neural data in the process of brain computation. The difference, compared to the previous right, lies in the need for material damage,[35] which is not needed in the psychological continuity.

This right seeks to protect the individual's personality from unwanted changes through external manipulations that are based on neurotechnologies, in a special dimension regarding the right to identity.[36]

Ienca and Andorno provide no further details on this right other than its relation to the right to individual identity, and, in an article published in 2023

[33] DENK, Winfried; BRIGGMAN, Kevin L.; HELMSTAEDTER, Moritz. Structural neurobiology: missing link to a mechanism understanding of neural computation. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 13, no. 5, p. 351-358, 2012, p. 357.

[34] IENCA; ANDORNO, 2017, p. 18.

[35] *Ibid.,* p. 21.

[36] FARINELLA; GULAYEVA, 2022, p. 290.

RBDFJ51_MIOLO.indd 219 13/02/2025 10:04:42

together with other authors, they consolidated the proposals for neurorights with the greatest relevance on the international scene and abandoned the psychological continuity as a standalone right.[37]

2.5 Are neurorights new fundamental rights?

Firstly, neurorights propositions do not make distinctions between human rights and fundamental rights, using both terms as equivalents. In Brazil, and for purposes of relating to the dignity of the human person, it is accepted that the difference between terms is related to the frame of reference in question.

There are criticisms of framing neurorights as new human rights, mainly based on the argument that inflating new types of rights with this classification can lead to devaluation of their content and importance.[38]

In 2023, an article with representatives from various areas of study on the topic, adopting a multidisciplinary approach, published an article citing the various positions on a taxonomy and defending the existence of three neurorights based on the existence of already recognized human rights: freedom of thought, privacy and mental integrity.[39]

Inca and Andorno seek to compare the possible risks of neurotechnologies with the scope of rights that are recognized (privacy, physical and mental integrity, etc.), but without deeply scrutinizing the elements and limits of these rights. To this end, even though they argue that there are gaps in the scope of protection, the analysis they provide makes it impossible to effectively understand the nature of neurorights. Some possibilities related to this issue can be inferred: (i) the risks of neurotechnologies do not have protections achieved by existing rights, therefore neurorights must be recognized as autonomous rights due to characteristics that differ from recognized fundamental rights; (ii) neurorights can be understood as new dimensions of fundamental rights that already exist in the face of gaps that

[37] LIGTHART, Sjors *et al*. Minding rights: Mapping ethical and legal foundations of 'neurorights'. *Cambridge quarterly of healthcare ethics*, v. 32, n. 4, p. 461-481, 2023.

[38] This criticism is accompanied by others, which derive from the idea that there is an activism of names in the medical field that does not observe legal theories for the construction of these neurorights. See BUBLITZ, Jan-Christoph. Novel Neurorights: From nonsense to Substance. *Neuroethics*, v. 15, no. 1, p. 1-15, 2022.

[39] "Taxonomic considerations aside, one crucial question is how the protection of mental integrity, mental privacy, and cognitive liberty could be anchored in established human rights. […]. Generally, we will take the right to mental integrity to refer to the protection from certain forms of unwanted or unwarranted interference with one's mind, the right to mental privacy to the protection against certain forms of access to one's mind, and the right to cognitive liberty to the protection of one's mental self-determination" (LIGTHART, Sjors *et al*. Minding rights: Mapping ethical and legal foundations of 'neurorights'. *Cambridge quarterly of healthcare ethics*, v. 32, n. 4, p. 461-481, 2023).

RBDFJ51_MIOLO.indd 220 13/02/2025 10:04:42

prevent the full application of these rights or (iii) some fundamental rights already offer a scope of protection related to the risks of neurotechnologies .

As for the effective need of new rights, it's important to remember Hoffman-Riem's words:

> In particular, what is needed is the protection of collective areas of freedom and the protection of holders of fundamental rights, in particular the protection of autonomy, which goes beyond the traditional protection of fundamental rights and includes the treatment of power asymmetries.[40] (translated by the authors)

In this context of the need to guarantee protections that go beyond already established conceptions, the evolution of technology will always raise questions about the limits of scope of existing protections in the face of new technical and social contexts,[41] even in exercises of extensive interpretations, or whether complete innovations will be needed.

With that in mind, through reasoning based on the protection of personality in the Brazilian legal system, the next section aims to identify how each type of neuroright can be framed in the Brazilian constitutional framework for protection of personality.

3 A framework for the protection of neurorights grounded on constitutional protection of personality

The constitutional legal debate is looking for mechanisms that can guarantee effective protections against a global scenario of accelerated advances in the development of technologies. Discussions about neurorights reflect concerns about new risks to human beings and the need for legal protections.

Law must keep up with the pace of technological innovations as part of its role in social innovation, a reaction to the need to mitigate risks arising from new technologies through new institutional structures, strategies and updated applications of legislation that have not accompanied the evolution of technology, but which must continue following the original will of the legislator. About this

[40] HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 107.
[41] *Ibid.*, p. 108.

RBDFJ51_MIOLO.indd 221 13/02/2025 10:04:42

relation between technological innovation and social innovation through the Law, Hoffman-Riem[42] explains:

> It is of special relevance that rules can fulfill their intended purpose even in new circumstances. In fact, there are many rules whose wording has remained unchanged, but they have been applied differently over time, taking into account the conditions of each moment. What matters is that normative premises, as an expression of the legislator's will, continue to be a reference point and are put into practice even if socio-economic or technological conditions change. (translated by the authors)

Within the scope of constitutional protections, it is evident that many of the fundamental rights were foreseen in an era of analog technologies that no longer have relevant practical utility,[43] considering that they were and continue to be constantly replaced by digital ones that are operationalized by algorithms that play an important role in data collection and processing.

In this context, the concept of digital constitutionalism has emerged as a theoretical current of contemporary constitutional law. It is organized around common normative prescriptions for the recognition, affirmation and protection of fundamental rights in cyberspace. This conception is the subject of debate in the Brazilian context by Gilmar Ferreira Mendes and Victor Fernandes,[44] who explore a method of constitutional control that provides principles and values as normative parameters. The approach is a practical manifestation of digital constitutionalism, suggesting that constitutional adaptations to new technologies should be guided by fundamental constitutional principles, preserving the essence of the original constitutional legislator while responding to the challenges posed by technological innovation. Two European authors are at the forefront of developing the concept: Giovanni De Gregorio and Edoardo Celeste.

For Giovani De Gregório, digital constitutionalism is a constitutional approach adopted after overcoming a liberal conception in the European Union. This change comes from a new form of private power in the digital environment, as a result of

[42] HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a Propósito de la Garantía de los Derechos Fundamentales en Respuesta a los Cambios que Conducen a la Sociedad de la Información. *Direito Público*, v. 12, n. 64, 2015, p. 41-42.

[43] Francisco Balaguer Callejón cites social practices that have fallen into disuse due to the replacement of new technologies, such as sending mail or using landlines. *In*: CALLEJÓN, FB La Constitución del Algorithm. Zaragosa: *Fundación Manuel Giménez Abad*, 2022, p. 11.

[44] MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020, p. 5.

RBDFJ51_MIOLO.indd 222 13/02/2025 10:04:42

the concentration of data processing power and content organization, demanding that contemporary constitutionalism not only seeks to create protections against threats from public powers, but also to adapt to this new scenario of powers.[45]

Edoardo Celeste shares with De Gregório the perspective that digital constitutionalism is a way to explain new constitutional reactions to changes in the constitutional balance. Such changes are the result of new private agents with powers that result from their technological control, altering the constitutional equilibrium in three ways: (i) the amplification of possibilities for exercising fundamental rights, with new means and tools available to citizens; (ii) the amplification of threats to existing fundamental rights by the same means and tools and (iii) the change in the balance of constitutional powers between States and citizens with the emergence of private actors with powers that surpass many countries.[46]

These perspectives collectively emphasize a need for reinterpretation or the creation of new rights in response to technological advances. However, there is a tension between different dimensions of digital constitutionalism: while some advocate for creating entirely new rights, others focus on adapting and expanding existing rights to fit the digital context. This tension reflects the ongoing debate in both international and national constitutional spheres,[47] especially concerning how constitutional law should evolve to address the challenges posed by digital technologies.

As a criterion for the conception of reinterpretation or creation of new rights, Hoffman-Riem[48] indicates the need of proportionality when analyzing the context of new technologies in specific areas. The legal support for this adaptation is found in constitutional principles, mainly the protection of liberty. This protection is for the exercise of individual freedom and against damages by third parties, mainly "functioning of democracy, a pluralistic order of communication, protection against manipulation, prevention of power asymmetries, but also the prevention of undesirable types of social fragmentation and intimidation effects, which can arise from surveillance".[49]

Based on this same idea, it will be analyzed below how the right to free development of the personality and other specific rights can be related to the neurorights of Ienca and Andorno.

---

45 DE GREGORIO, Giovanni. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021, p. 42.

46 CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law*, Computers & Technology, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019, p. 2.

47 WIMMER, Miriam; MORAES, Thiago Guimarães. Quantum Computing, Digital Constitutionalism, and the Right to Encryption: Perspectives from Brazil. *Digital Society*, v. 1, n. 2, p. 12, 2022.

48 HOFFMAN-RIEM, 2022, p. 96-97

49 *Ibid.*, p. 96.

RBDFJ51_MIOLO.indd 223 13/02/2025 10:04:42

3.1 Free personality development and cognitive freedom

The Federal Constitution of Brazil provides for the dignity of the person as the foundation of the democratic rule of law (art. 1, item III),[50] listing it as the purpose of the economic order to ensure a dignified existence for all Brazilians (art. 170)[51] and establishing it as one of the foundations for family planning (art. 226, §7),[52] as well as one of the duties for the family, society and the State towards children and adolescents (art. 227)[53] and towards the elderly (art. 230).[54]

Unlike the Basic Law of Germany, which provides for the free development of the personality in Art. 2, 1,[55] alongside the dignity of the human person, the Brazilian Constitution does not entail such a provision.

According to Tepedino,[56] a reading of art. 1, items I and III; art. 3, III and art. 5, caput and paragraph 2, opens the possibility of legal elaborations through constitutionally arranged axiological parameters. It is from this context that a "general clause for the protection and promotion of the human person"[57] emerges, as the maximum value for the Brazilian legal system.

The combination of personal freedom with the protection of the personality guarantees a right to freedom, which prevents interference that harms the development of the personality and personal self-determination. This right encompasses all threats and damages to the violation of personality characteristics, even if not formally recognized, assuming a role as a general clause that coexists with special personality rights, not only as a complementary or symbolic right, but as an autonomous fundamental right that seeks to guarantee the free formation

[50] Art. 1st The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the States and Municipalities and of the Federal District, constitutes a Democratic State of Law and is based on: III - the dignity of the human person.

[51] Art. 170. The economic order, founded on the appreciation of human work and free initiative, aims to ensure a dignified existence for everyone, in accordance with the dictates of social justice, observing the following principles.

[52] Art. 226. The family, the basis of society, has special protection from the State. §7 Based on the principles of human dignity and responsible parenthood, family planning is a free decision of the couple, with the State responsible for providing educational and scientific resources for the exercise of this right, any form of coercion by official or private institutions being prohibited.

[53] Art. 227. It is the duty of the family, society and the State to ensure the child, adolescent and young person, with absolute priority, the right to life, health, food, education, leisure, professionalization, culture, dignity, respect, freedom and family and community life, in addition to protecting them from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty and oppression.

[54] Art. 230. The family, society and the State have a duty to support the elderly, ensuring their participation in the community, defending their dignity and well-being and guaranteeing their right to life.

[55] Art. 2.1 Everyone has the right to the free development of their personality, as long as they do not violate the rights of others and do not violate the constitutional order or the moral law.

[56] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Volume 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25 e ss.

[57] *Ibid.*, p. 25.

RBDFJ51_MIOLO.indd 224 13/02/2025 10:04:42

and development of the personality,[58] alongside the protection of individual freedom of action and full protection of the person, as opposed to special rights that seek specific protections.

The need for a general clause results from rapid changes in societies and technologies, which end up creating difficulties for the rights recognized only by legislative processes, demanding mechanisms that act at a non-specific level.[59]

The structure adopted in the next paragraphs for the delimitation of this right is that of Ingo Sarlet, who identifies the following characteristics:[60] (i) universality; (ii) absolute character; (iii) off-balance sheet and (iv) unavailability; they are conferred both in the general right to personality and in special rights as well as in fundamental rights, with some exceptions.

Universality deals with the ownership of personality rights: as a consequence of the characterization of subjective rights, these rights are guaranteed to any existing and real individual. Thus, this category of rights accompanies every individual who is born alive until the moment of their death, and some protections of an objective dimension are also established for before birth and after death.

The absolute characteristic concerns the possibility of being enforceable against everyone, whether individuals or state entities, and the impossibility of total non-applicability of these rights when in collision with other fundamental rights or the personality of third parties must be observed, and the solution technique must be applied through weighting.

They are off-balance sheet because they concern values, goods or interests linked to subjectivity, even though the injuries may have financial consequences.

The unavailability depends on the specific case, since its patrimonial effects can be transferred, or else these rights can be self-limited by the holders themselves. There is a similarity to some qualifications of fundamental rights, such as a difference between the waiver of the right itself (total and irrevocable in relation to the exercise) and the provision of aspects related to the exercise in the subjective dimension since it can be partial and revocable by the individual holder.

In order to understand the right to the free development of the personality, in addition to the general clause, it is necessary to study the relationship of this right with the special rights of the personality.

The general clause, as a rule, has a subsidiary application to special rights that, due to their legal recognition, may have limited effectiveness, especially

58 HOFFMAN-RIEM, 2015, p. 45-46.

59 ZANINI, Leonardo Estevam; QUEIROZ, Odete Novais. A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 27, n. 01, 2021, p. 15.

60 SARLET, 2021, p. 196-197.

RBDFJ51_MIOLO.indd 225 13/02/2025 10:04:43

regarding the scope of their application.[61] This coexistence in general and the specific protections for private assets expand and condition the protection of the personality to the concrete case, making safeguards faster and placing the rights in a true situation of complementarity.[62]

The relationship of coexistence, however, has consequences that are the object of study that allow adding similar perspectives to aspects of this relationship. The pluralist current,[63] most widely adopted in Brazil, understands that these different personality rights exist independently of each other. One of the points of view this current defends is that special rights are open to new constructions, and another argument is that they are exhaustive.

The free development of the personality contains two dimensions: general freedom of action, which guarantees the decision on the possibility of action or omission, and protection of the personality, which safeguards the integrity of the activity against harm to third parties.[64]

Bublitz, when structuring a normative conception of the right to cognitive freedom, performs an analysis with some rights that are close to this new conception, but do not have an precise scope of application for interventions in mental processes.[65]

Analyzing the content and role of the right to free development of personality, one can compare this right to the concept of cognitive freedom as a legal concept of Bublitz: "It is, or rather, should be the central legal principle guiding the regulation of neurotechnologies, guaranteeing the right to alter one's mental states with the help of neurotools as well as to refuse to do so".[66]

The comparison can be made regarding the function of both, which consists of guaranteeing protection to the dimensions of the human being that are not directly protected by other rights. While the free development of the personality protects spheres of the personality to guarantee the development of the human being, cognitive freedom protects the right to choose whether or not to use neurotechnologies (those related to chemical substances included), as a guarantee of control over mental activities manifested through neural data.

61 ZANINI, Leonardo Estevam; QUEIROZ, Odete Novais. A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [S. l.], v. 27, n. 01, 2021, p. 29.

62 *Ibid.*, p. 30.

63 *Ibid.*, p. 33.

64 PINTO, Paulo Motta. The right to free development of the personality. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Portugal-Brasil ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 163-164.

65 BUBLITZ, 2013, p. 244-249.

66 *Ibid.*, p. 234.

RBDFJ51_MIOLO.indd 226 13/02/2025 10:04:43

Therefore, cognitive freedom stands as a general clause for freedom to use, or not to use, neurotechnologies, with protections against the threats that may result from them in a similar degree to the free development of the personality.

3.2 The right to physical and mental integrity and its relationships with mental integrity and psychological continuity

The 1988 constitutional order did not express a right to physical and mental integrity, but that may be implicitly deduced from the context of other protections.

In the context of the 1988 Constitution, firstly, it is stressed that the right to integrity seeks, unlike the right to life, to protect precisely from interventions that do not result in death or that do not pose an effective risk.[67] According to Sarlet:

> [...] the right to physical (bodily) and mental integrity encompasses the protection of the external personal integrity, that is, the bodily sphere in the biological sense, as well as the internal personal integrity in terms of the functioning of the psychic sphere, including the sensitivity to pain and physical and mental suffering.[68] (Translated by the authors)

The following characteristics were systematized by Ingo Sarlet,[69] with two dimensions identified by him: negative and positive. The negative dimension concerns defense protection against aggressions and offenses to the physical and mental integrity in the biological and psychological senses, being enforceable against state and private entities. It is mitigated by the consent of the holders, which seeks to guarantee freedom of decision against interventions, by accepting those they deem to be best for them. The positive dimension has an interface with the right to health, aiming at benefits from the State that ensure bodily and mental integrity, not only in order to curb violations, but also against threats and risks.

As it is a realization of the dignity of the human person and a kind of personality right, ownership is universal, covering all people from the moment of the beginning of life until death, with exceptions of personality projections for cases of unborn children and the protections relating to the deceased.

[67] SARLET, 2021, p. 189.
[68] *Ibid.*, p. 189.
[69] *Ibid.*, p. 189 e ss.

RBDFJ51_MIOLO.indd 227 13/02/2025 10:04:43

One of the problems is distinguishing between legitimate interventions and interventions that violate this right, since, as a rule, a person can consent to actions that cause loss of integrity. This consent must be free, unequivocal, and informed to characterize a lift to the illegality of the intervention, allowing it to be carried out when, in exceptional cases, the holder is not able to consent, and the intervention is necessary for him/her.

Interventions will also be legitimate when based on acts: by legislators, administrative (policy power) and judicial acts, without necessarily having the holder's consent, such as the compulsory extraction of biological materials for the production of judicial evidence or medical treatments.

The right to physical and psychological integrity is the same that gives rise to the right to mental integrity argued by Ienca and Adorno, with a difference, according to the authors, in terms of protection: while the first is considered a safeguard for health, the second is a magnification to avoid damage to the neural processes.[70]

While mental integrity is based on safeguarding against damage, psychological continuity's scope of protection concerns situations where there is no damage, but personality changes. Although the authors point out these differences, it is possible to verify that in Ingo Sarlet's account, the scope of protection of physical and mental integrity reaches both the human organs that make up the central and peripheral nervous systems, and the psychic sphere. Since it is not limited to the medical and health protection sphere, this concept is applicable to any context.

Thus, it seems, given the current account of Brazilian authors, the scope of protection of these kinds of neurorights would already be covered in Brazil.

4 The right to privacy and protection of personal data and the right to neuroprivacy

The origins of the right to privacy and threats of social and technological change are found in the article "The Right To Privacy" by Warren and Brandeis,[71] which sought to identify a right to privacy based on judicial decisions of English courts.

[70] This comparison is made by them: "We propose to fill this normative gap by calling for a reconceptualization of the right to mental integrity. In fact, while the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights consider mental integrity as a right to mental-health, pendant of the right of physical integrity understood as physical health, a more complex dimension of mental integrity is elicited by neurotechnology. Mental integrity in this broader sense should not only guarantee the right of individuals with mental conditions to access mental health schemes and receive psychiatric treatment or support wherever needed. In addition to that, it should also guarantee the right of all individuals to protect their mental dimension from potential harm" (*In*: IENCA; ANDORNO, 2017, p. 18).

[71] WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, p. 195, 1890.

RBDFJ51_MIOLO.indd 228 13/02/2025 10:04:43

The article identified the following limits:[72] (i) this right does not prevent the disclosure of what is of general interest; (ii) it does not prohibit the communication of everything that is private, with hypotheses for legal communication; (iii) there is no remedy if the intrusion occurs through means that do not generate damage; (iv) the victim's consent removes the violation of the right; (v) the allegation of the veracity of what was disclosed does not rule out the unlawfulness of the violation; and (vi) intent is unnecessary for verifying the violation.

These limits characterize an individualistic quality that reinforces the idea of "the right to be left alone" and its negative right dimension, which demands absolute abstention from the State in the private life of citizens.[73] For Danilo Doneda, this individualistic character is still present in contemporary law, as it stands as essential in a democratic society and is a "fundamental prerequisite for the exercise of several other fundamental freedoms".[74]

Judge Gilmar Mendes,[75] judging the Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.649 and Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695 at the Brazilian Supreme Federal Court, explains how this individualistic and negative conception arrived in Brazil through the work of professor Tércio Ferraz and emerged in Brazilian courts as a restrictive jurisprudential guideline regarding the scope of protection of Article 5, item XII, of the Federal Constitution, undergoing changes in the 20th century.

This individualist conception gained new forms with the transformation of the liberal state into a welfare state, and the consequent changes in relations between citizens and the State. Here, it is important to refer to the change in the view of the dignity of the human person as a mere abstract value to the demands for implementations that would protect concrete human beings and not only ideal and abstract ones, largely after the Second World War.

At the same time, technology evolved and the demand for information flow by States and private entities increased. In the case of the State, the welfare state demanded greater collection of information from its citizens for better knowledge and social control. For private entities, the value of information as an economic substrate has become considerable, since the costs of collecting and

[72] MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva Educação, 2014, p. 28.

[73] *Ibid.*, p. 28.

[74] DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31.

[75] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto Conjunto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6649* e *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 15.09.2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 229 13/02/2025 10:04:43

processing information have begun to decline along with the cost of accessing new technologies.[76]

As the structure of powers underwent changes with the informational relationship that was established, the notion of privacy demanded transformations for more specific implementations, something that is verified from the 1970s onwards, with specific legislation and judicial decisions focusing on personal data.[77] In Brazil, the right to privacy has no express provision in the Federal Constitution because the technique adopted by the constitutional legislator was to grant rights that make up the right to privacy and intimacy, as well as honor and image. Although they concern different spheres, with intimacy being considered more restricted (as it comprises the personal and family life of the holders) than privacy (which, in turn, comprises professional and commercial relationships, etc.), both must be analyzed together, considering the reality of current social contexts that often end up confusing these different spheres. Based on a formal criterion, two areas of protection are identified: a more protected one, which does not allow state interventions, and a more open one, related to the individual's social life, which is subject to intervention.[78]

This approach was consolidated in items X, XI and XII of the constitutional text, covering several specific aspects of the protection of private life and intimacy, in addition to different spheres of private life.

In the same sense, Paulo Gonet Branco describes the object of the right to privacy as "the behaviors and events related to personal relationships in general, commercial and professional relationships that the individual does not want to become public knowledge", and the object of the right to privacy as "conversations and the even more intimate episodes, involving family relationships and closer friendships".[79]

However, considering the fine line of what may or may not be considered in the interest of the State to justify interventions, Sarlet argues that a material criterion be adopted for the scope of privacy protection: "it will be considered reserved and unavailable to the interest of the State and third parties that which is in accordance with the current social guidelines".[80]

The right to privacy is a subjective right, characterized by being a right of defense that restricts the action of the State and third parties in its scope of

[76] *Ibid.*, p. 34-35.
[77] MENDES, 2014, p. 38.
[78] SARLET, 2021, p. 199.
[79] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. *In*: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book, p. 129.
[80] SARLET, *op. cit.*, p. 200.

RBDFJ51_MIOLO.indd 230 13/02/2025 10:04:43

protection, and is also characterized as a right of freedom, since it seeks to guarantee that the individual lives life according to their desires, wishes, feelings and convictions, as long as they do not cause harm to third parties.[81]

Its objective aspect concerns the obligation of the State to create mechanisms for the protection of private individuals, and, like other rights based on the concept of human dignity and because it is recognized as a fundamental right, privacy is also subject to limitations when confronted with other fundamental rights or relevant constitutional goods, each situation having to be weighed in the specific case for the resolution of conflicts.[82]

As dimensions of privacy in the Brazilian legal system, we have tax and bank secrecy, inviolability of the home, inviolability of correspondence and secrecy of communications, and the protection of personal data. The study, albeit general, of these dimensions helps understand the various possibilities for realizing dignity as privacy and to identify a possible right to neuroprivacy as a new dimension of this right.

Even if not constitutionally expressed, tax and bank secrecy is considered by doctrine and jurisprudence to be of constitutional nature.[83] This right has the scope of protection for information contained in tax and bank records, even if personal information is inferred from them.

As stated in the historical evolution first described in this item, data protection was a theme that emerged in the 1970s, after political, philosophical and technological changes that brought about difficulties to the individualist conception of privacy.

In Brazil, this issue was dealt with in a sectoral manner and with little depth until the advent of the General Personal Data Protection Law (Lei 13.709/18 – LGPD). Laura Mendes cites the following devices with reference to data protection:[84] Consumer Protection Code (Lei nº 8.078/90), Civil Code (Lei nº 10.406/02), Positive Registration Law, also referred to as Good Payers' Registry Act (Law No. 12.414/11), Decree of the Consumer Assistance Service (Decreto 6.523/08), Decree for the Single Registration of Social Programs of the Federal Government (Decreto 6.135/07), and Decree of the Annual Census of Education (Decreto 6.425/08).

The LGPD brought a comprehensive data protection system to the Brazilian legal system, raising discussions in various legal spheres. At the level of constitutional discussion, the Supreme Federal Court recognized an implicit

81 *Ibid.*, p. 200.
82 SARLET, 2021, p. 201.
83 SARLET, *op. cit.*, p. 201.
84 MENDES, 2014, p. 141.

RBDFJ51_MIOLO.indd 231 13/02/2025 10:04:43

fundamental right to the protection of personal data in the Referendum on Precautionary Measures in ADIS 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393.[85] The case questioned the constitutionality of Provisional Measure 954/20, which determined the sharing of data between telephone companies and the IBGE to carry out the census during the COVID-19 pandemic.

Some Justices expressly identified the source of unconstitutionality regarding the right to privacy, human dignity, and personality, as was the case of Justice Luis Fux and Justice Gilmar Mendes. According to the vote of Justice Gilmar Mendes, this fundamental right has content of human dignity and materializes the protection of privacy in face of new challenges of normative force, in addition to being based on the existence of *habeas data* as a constitutional remedy for the protection of informational self-determination.

The fundamental right to the protection of personal data has a double scope of protection:[86] protection of the individual against threats to their personality arising from the processing of data and guarantee of control of data flow in society. It has double dimensions: a subjective one and an objective one.[87]

The subjective dimension observes it as a right of defense which guarantees the individual the assignment of the intervention, as well as tools so that damages arising from such interventions are avoided or, alternatively, compensated in face of their occurrence.

In the objective dimension of a fundamental right, there is the obligation of the State to create procedural regulations to guarantee the protection of personal data. Here, the provision of procedural mechanisms can be understood as relating to the rights of holders in acts of public power that carry out interventions in the sphere of data protection.

Necessary elements of the procedural mechanisms are: those for the observance of the principle of transparency about the treatment; self-determination through rights of holders (such as right of access, rectification and deletion); the observance of the context through the principle of purpose and adequacy; elements related to the principle of security, which operate through mechanisms against the breach of confidentiality, integrity and availability, and those related to the limitation of storage to observe the principle of forgetting. Mechanisms for limiting the processing of sensitive personal data for compliance with the principle of non-discrimination are also highlighted.[88]

---

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo em Medida Cautelar nas ADIS 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393*. Distrito Federal, Brasília, DF, 07 de maio de 2020.

86 MENDES, *op. cit.*, p. 176.

87 *Ibid.*, p. 176-177.

88 MENDES, 2014, p. 180.

RBDFJ51_MIOLO.indd 232 13/02/2025 10:04:43

After the decision of the Supreme Federal Court, Constitutional Amendment No. 115/2022 added the item LXXIX to Art. 5º, with the following wording: "under the terms of the law, the right to protection of personal data is ensured, including in digital media".

Ienca and Andorno argue that the current conception of privacy and its dimensions, in particular that of the protection of personal data, are focused on safeguards for external information about people, while neuroprivacy reaches the very source of the production of neural activity as a chronological antecedent to the production of personal data.[89]

Conclusions

The future in which technology interacts directly with the neurobiological context of the human being calls for a "responsibility for innovation", a scenario in which the law, as an instrument for limiting power and regulating innovation, must ensure that these new frontiers respect constitutional principles.[90]

The convergence of biological and digital realities gives rise to a series of potential dangers that would be more at home in a science fiction movie, but which are already being observed in tangible, real-world scenarios. The case of the bankruptcy of the company Second Sight and the subsequent loss of the sensory ability of people with retinal implants to regain their sight is a vivid example of a dystopian scenario in which the natural functions of the human body are dependent on technologies developed by private companies.

Unlike conventional digital technologies, which operate on external devices without interference from the body, neurotechnologies introduce a new realm of potential problems arising from the convergence of the digital and the primary organ responsible for thought, personality, and motor skills.

In light of the aforementioned context, it is imperative to assess whether the existing legal structures can be adapted to provide the necessary safeguards or if they are fundamentally inadequate in this regard.

In the fourth section of this article, we correlate the neuro-rights proposals of an international academic strand with a constitutional construction that has already been consolidated through decades of jurispudential contextualisation.

It can be observed that certain rights, including the free development of the personality, the protection of the integrity of the body and mind, and privacy,

89 IENCA; ANDORNO, 2014, p. 14.
90 MENDES, Laura. Apresentação. *In*: HOFFMAN-RIEM, 2022, p. 23.

RBDFJ51_MIOLO.indd 233 13/02/2025 10:04:43

have undergone historical changes that have resulted in the adaptation of their structures. These rights, which previously safeguarded individual autonomy through negative guarantees, now aim to provide individuals with control mechanisms to exercise their rights. When neurotechnologies collide with the biological and digital realms, neurorights enable us to assess whether these autonomy-based capacities can be adapted to mitigate potential risks or if they are exhausted, allowing for new normative frameworks to emerge.

It is important to emphasize that the subject is complex and multidisciplinary, since knowledge in areas such as medicine, biology, neurology, psychology, systems development, law and even philosophy is necessary for an effective regulation of the subject.

Furthermore, risks are still abstract due to the insufficiency of cases to study in practice, since there are no BCIs commercialized on a large scale in any economic segment. This lack of evidence on a large scale for the structuring of new rights may result in normative constructions without a scope of protection that corresponds to the practical problems that neurotechnologies can end up creating.

In light of the two sets of neurorights proposed by Rafael Yuste and Sara Goering in the journal Nature and by Ienca and Andorno, it can be argued that the right to cognitive freedom is a fundamental right that is sufficiently structured to be considered a new right in itself. Furthermore, it can be posited that the rights to mental integrity and psychological continuity are already sufficiently encompassed by the rights to physical and mental integrity identified by Ingo Sarlet, and thus do not necessitate any legal innovations.

Neuroprivacy (or metal privacy) can be understood as a new dimension of the right to privacy, or even as a new autonomous fundamental right not limited to it, in the same way that Doneda understands the right to the protection of personal data. The main problem in defining the autonomy of neuroprivacy centers on the possible ability of neurotechnologies to invade the sphere of thought, such as reading and recording neural stimuli that can be translated into thoughts. If this is a technological possibility, concepts such as sensitive personal data and consent will find limits in the context of informational self-determination, considering that it will be impossible to guarantee that humans themselves do not have the capacity to control their thoughts.

As highlighted, cognitive freedom is a right that protects a dimension of general freedom that guarantees individual self-determination: the possibility of choosing to use or not to use neurotechnologies with the safety of neural computations, both at the biological and behavioral levels, against the actions of third parties that could lead to the loss of physical or psychological self-determination and to third party harm (both those that may be malicious and those that may result from

RBDFJ51_MIOLO.indd 234 13/02/2025 10:04:43

developmental failures). It appears as a general safeguard against the risks posed by devices that interact directly with brain activity, regardless of other specific safeguards that may be considered in the future for new dimensions of legal protection (such as the case of neuroprivacy, which has been suggested as a possible new dimension of privacy but is still based on assumptions of risks that require further empirical studies).

In the same way that the right to free development of personality is autonomous and guarantees the protection of human dignity in the case of risks that are not protected by specific rights, cognitive freedom can perform a similar function when the existence of harms resulting from neurotechnologies becomes part of social reality.

Resumo: A neurociência e a neurotecnologia estão avançando em vários campos da vida humana, com tendência de dispositivos que interagem diretamente com a atividade neural chegarem ao mercado consumidor massificado para entretenimento como consequência dos investimentos de grandes empresas de tecnologias. Os neurodireitos surgem como proposta de novos direitos que buscam garantir mecanismos de defesa e mitigação de danos contra a ameaças que decorrem dessas tecnologias. O presente artigo realiza uma análise do atual cenário de discussões internacionais no tema e a relação com a defesa da dignidade humana no Brasil, concluindo pelo direito à liberdade cognitiva como uma nova proteção da personalidade no contexto de uma sociedade neurotecnologica.

Palavras-chave: Neurotecnologias. Neurodireitos. Desenvolvimento da personalidade. Direito constitucional. Digital constitucionalismo.

Sumário: Introdução – **1** Neurotecnologias e novos riscos – **2** Propostas de neurodireitos – **3** Sistema para a proteção dos neurodireitos fundamentado na proteção à personalidade – Conclusões – Referências

References

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. *In*: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 23.595*. Rel. Min. Celso de Mello. 17 de dezembro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo em Medida Cautelar nas ADIS 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393*. Distrito Federal, Brasília, DF, 07 de maio de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358567. Acesso em: 25 out. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto Conjunto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6649* e *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 15.09.2022.

BUBLITZ, Jan-Christoph. *My mind is mine*!? Cognitive liberty as a legal concept. In: Cognitive enhancement. Springer, Dordrecht, 2013.

RBDFJ51_MIOLO.indd 235 13/02/2025 10:04:43

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019.

CHILE. Suprema Corte. *Sentencia em Rol nº 105065-2023*. Santiago, Chile, 09 de agosto de 2023.

DE GREGORIO, Giovanni. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021.

DENK, Winfried; BRIGGMAN, Kevin L.; HELMSTAEDTER, Moritz. Structural neurobiology: missing link to a mechanism understanding of neural computation. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 13, no. 5, p. 351-358, 2012, p. 357.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 30.

FARINELLA, Favio; GULYAEVA, Elena Evgenyevna. Human neuro- rights. *Quaestio Iuris Magazine*, v. 15, no. 1, p. 278-299, 2022, p. 290.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; DE CASTRO FIRMO, Marina. Dignidade humana e neurodireitos na era digital. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, v. 7, n. 2, p. e063-e063, 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a Propósito de la Garantía de los Derechos Fundamentales en Respuesta a los Cambios que Conducen a la Sociedad de la Información. *Direito Público*, v. 12, n. 64, 2015.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

IENCA, Marcello et al. Towards a Governance Framework for Brain Data. *Neuroethics*, v. 15, n. 2, p. 1-14, 2021.

IENCA, Marcello. On neurorights. *Frontiers in Human Neuroscience*, v. 15, p. 701258, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.701258. Acesso em: 27 set. 2024.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life sciences, society and policy*, v. 13, no. 1, p. 1-27, 2017.

IENCA, Marcello; HASELAGER, Pim. Hacking the brain: brain–computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity. *Ethics and Information Technology*, v. 18, no. 2, p. 117-129, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.

MENDES, Laura. Apresentação. *In*: HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MENDES, Laura. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva Educação, 2014.

OLIVEIRA, Stella Mendes de. *Regulação dos neurodireitos e a governança da neurotecnologia*: um cuidado ético multifacetado com os dados neurais no horizonte da inovação. 2024. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2024.

PINTO, Paulo Motta. The right to free development of the personality. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Portugal-Brasil ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999.

POSSA, Alisson Alexsandro. *A concretização da dignidade humana na era das neurotecnologias*: o direito à liberdade cognitiva como neurodireito na ordem constitucional brasileira. 2023. 100 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

RBDFJ51_MIOLO.indd 236 13/02/2025 10:04:43

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana* – Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STEINERT, Steffen; FRIEDRICH, Orsolya. *Wired emotions*: Ethical issues of affective brain–computer interfaces. Science and engineering ethics, v. 26, nº 1, p. 351-367, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Volume 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WIMMER, Miriam; MORAES, Thiago Guimarães. Quantum Computing, Digital Constitutionalism, and the Right to Encryption: Perspectives from Brazil. *Digital Society*, v. 1, n. 2, p. 12, 2022.

ZANINI, Leonardo Estevam; QUEIROZ, Odete Novais. A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 27, n. 01, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

POSSA, Alisson Alexsandro; MENDES, Laura Schertel. Neurorights as a new manifestation of the protection of the dignity of the human person in Brazil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 211-237, jul./dez. 2024.

Recebido em: 15.08.2023
Pareceres: 13.08.2024, 24.09.2024
Aprovado em: 24.10.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 237 13/02/2025 10:04:43

RBDFJ51_MIOLO.indd 238 13/02/2025 10:04:43

Seção Temática Especial CPDP LatAm

Doutrina Estrangeira

RBDFJ51_MIOLO.indd 239 13/02/2025 10:01:43

RBDFJ51_MIOLO.indd 240 13/02/2025 10:04:43

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL: UNA NUEVA GRAMÁTICA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Rodrigo Ardissom de Souza

Profesor Investigador de la División de Estudios Jurídicos del CIDE – Centro de Investigación y Docencia Económicas – México.

Resumen: El artículo examina las transformaciones jurídicas derivadas del creciente poder de las plataformas digitales, las cuales actúan como agentes normativos que reconfiguran derechos fundamentales, soberanías y transforman las relaciones sociales, económicas y políticas en un ecosistema globalizado. Se explora la necesidad de desarrollar una nueva gramática jurídica que integre los principios del derecho constitucional con respuestas normativas innovadoras para enfrentar los desafíos éticos y sociales del entorno digital. Se propone articular eficazmente la interacción entre la responsabilidad civil –tanto objetiva como subjetiva– y los valores subyacentes a los derechos fundamentales, garantizando su protección frente a actores privados y las externalidades sistémicas de las plataformas. Además, se analiza cómo las herramientas jurídicas clásicas coexisten y se transforman mediante nuevos mecanismos normativos impulsados por dinámicas transnacionales, reflejando la tensión entre la soberanía estatal y la gobernanza global. Esta nueva gramática jurídica debe responder no solo a los desafíos normativos inmediatos, sino también propiciar una reconfiguración conceptual más amplia que equilibre la innovación tecnológica con la justicia social y la dignidad humana en el ecosistema digital.

Palabras claves: Responsabilidad Civil. Constitucionalismo Digital. Gobernanza de Internet. Derechos Fundamentales. Plataformas Digitales. Regulación. Eficacia Horizontal de Derechos. Protección de Datos Personales. Transparencia.

Sumario: Introducción – Capítulo 1: ¿Existe un constitucionalismo digital? – Capítulo 2: Eficacia horizontal de los derechos fundamentales – Capítulo 3: La Reforma del Código Civil y la responsabilidad de las plataformas – Consideraciones finales – Responsabilidad Civil y constitucionalismo digital: convergencia de enfoques – Bibliografia

Introducción

La irrupción del uso diario de Internet ha transformado radicalmente la interacción social, económica y política a nivel global, constituyendo un nuevo paradigma civilizatorio. Esta afirmación, aunque pueda parecer un cliché

RBDFJ51_MIOLO.indd 241 13/02/2025 10:04:43

contemporáneo, es parte de un fenómeno que no solo ha ampliado el acceso a la información y la comunicación, sino que también ha rediseñado las formas de poder, las estructuras formales, en específico el Estado, las relaciones socioafectivas y los conflictos sociales. En este contexto, un reducido grupo de corporaciones tecnológicas transnacionales ha concentrado una capacidad significativa de decisión y mediación, alterando fundamentalmente la idea de soberanía y la división estructural de los poderes, desafiando así los conceptos clásicos del derecho y la geopolítica. Este fenómeno presenta tanto promesas de una democracia ampliada y participativa como amenazas de un control y vigilancia omnipresentes.

En el núcleo de esta dialógica, surge la necesidad de una reflexión sobre cómo "experienciamos" los espacios digitales y cómo construir una regulación dinámica y adaptativa, como parte de un sistema mayor de gobernanza de redes. Esta tarea trasciende lo técnico-jurídico, adentrándose en los territorios de los derechos fundamentales y la justicia social de un mundo datitizado. La concentración de poder en estas corporaciones plantea desafíos para las estructuras jurídicas actuales, obligando a adaptaciones rápidas y abruptas a las nuevas realidades. La digitalización requiere una reflexión que defina una gramática propia, con responsabilidades claras, procedimentalización de los procesos y sistemas de transparencia, partiendo de protocolos preestablecidos y un proceso jurídico-hermenéutico claro.

Estas preocupaciones demandan una propuesta organizativa y reguladora que no solo aborde la funcionalidad técnica de estas plataformas, sino que también proteja los derechos fundamentales de los individuos y promueva un sistema socio-jurídico más equitativo. El objetivo de este artículo es ir más allá del debate sobre la responsabilidad de los intermediarios en relación con contenidos de terceros, examinando cómo abordar la positivación de derechos en el marco de las responsabilidades civiles, y el dicho constitucionalismo en el entorno digital. Entendemos que es fundamental la creación de una estructura reguladora adaptada a las demandas actuales y considerando tanto la estructura de nuestros sistemas jurídicos basados en el Civil Law como la necesidad de desarrollar una hermenéutica propia, para no depender de la discrecional voluntad del poder judicial, especialmente en los países del sur global.

La importancia de repensar los derechos en el entorno digital se manifiesta en todas las esferas del uso de las redes, desde la gobernanza de la infraestructura, a menudo invisible para el usuario, hasta situaciones cotidianas que ilustran los desafíos y la necesidad de un marco regulador adecuado. La regulación de las plataformas digitales cuestiona la relación de un sistema de responsabilidad que sea un híbrido entre la responsabilidad civil objetiva, subjetiva y la protección

RBDFJ51_MIOLO.indd 242 13/02/2025 10:04:43

de los derechos fundamentales, especialmente con el rápido desarrollo de las tecnologías que prometen altos impactos sociales como las inteligencias artificiales. La interacción entre los seres humanos y estas tecnologías ha otorgado a las plataformas un protagonismo sin precedentes en las relaciones sociales, económicas y políticas, exigiendo un replanteamiento de las categorías clásicas del derecho civil y constitucional.

Juristas como Gilmar Mendes (2020), ministro y decano de la Suprema Corte de Justicia de Brasil, y Nelson Rosenvald (2023), profesor universitario y uno de los principales autores de las reformas en curso del Código Civil, han destacado la urgente necesidad de adaptar los principios de responsabilidad civil y constitucional a los desafíos que plantea el entorno digital. Según Mendes (2020), resulta imperativo establecer un marco regulador que aborde la responsabilidad de las plataformas digitales en la protección de los derechos fundamentales, consolidando una interacción renovada entre lo privado y el derecho público, y fortaleciendo una nueva eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Mendes y Fernandes (2020) argumentan que, en la era digital, las plataformas no pueden seguir operando con la misma libertad que disfrutaron en sus primeras etapas de desarrollo; deben asumir una responsabilidad más activa y transparente en la gestión del contenido y en la protección de los derechos de los usuarios, estableciendo obligaciones claras para estas empresas, incluyendo mecanismos de rendición de cuentas y sanciones efectivas para aquellos que violen las normas establecidas.

Nelson Rosenvald y Guilherme Magalhães (2023), en el prefacio del libro *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*, subrayan la urgencia de revisar y actualizar los principios de la responsabilidad civil en el contexto digital. La rápida evolución tecnológica y el impacto transformador de las plataformas en la sociedad demandan una reinterpretación de conceptos tradicionales como la negligencia, la culpa y el daño. Rosenvald (2023) enfatiza que las plataformas digitales no solo deben ser responsables por sus propias acciones, sino también por los efectos sistémicos que generan a través de sus algoritmos y políticas, impactando directamente los derechos de los usuarios. Este enfoque implica un modelo de responsabilidad proactiva, centrado en la prevención de daños estructurales en lugar de una reacción limitada a incidentes específicos.

Ambos juristas coinciden en que la adaptación de los principios del derecho civil y constitucional resulta fundamental para abordar las nuevas dinámicas del poder en el ecosistema digital. Las plataformas, al actuar como intermediarios esenciales en la comunicación y el acceso a la información, han adquirido un rol que trasciende el ámbito económico, transformándose en actores de facto con influencia en la definición y ejecución de derechos fundamentales. Este mapeo

RBDFJ51_MIOLO.indd 243 13/02/2025 10:04:43

cartográfico de derechos digitales en Brasil revela una compleja reorganización de las relaciones entre usuarios, plataformas y el Estado, configurando un ecosistema donde los derechos tradicionales deben reestructurarse para dialogar con las exigencias tecnológicas.

En este contexto, la regulación de plataformas digitales debe equilibrar la protección de los derechos individuales con la necesidad de garantizar un entorno digital basados en preceptos de justicia y seguridad. Sin embargo, la construcción de este marco regulador enfrenta límites significativos, tanto en su capacidad de evolucionar con la tecnología como en la necesidad de evitar una concentración de poder normativo en manos de los intermediarios digitales. El desafío radica en diseñar un sistema jurídico que combine flexibilidad y robustez, capaz de estructurar un ecosistema donde las plataformas operen en consonancia con los valores democráticos y los derechos fundamentales.

Al hacerlo, se deben identificar y superar los límites impuestos por las asimetrías de poder y los riesgos de exclusión digital, promoviendo una gobernanza que sea transparente, equitativa y democrática. Este esfuerzo, más allá de ser un desafío jurídico, es un imperativo político y ético que exige cooperación regional y la adopción de estándares internacionales. Solo mediante esta articulación se podrá garantizar que la revolución tecnológica favorezca a toda la sociedad y no quede limitada a una élite privilegiada, consolidando una cartografía de derechos digitales inclusiva y accesible.

Capítulo 1: ¿Existe un constitucionalismo digital?

1.1 La concentración de poder en las plataformas digitales

La proliferación de plataformas digitales ha dado lugar a un escenario en el que la información y el poder están concentrados en manos de unas pocas corporaciones tecnológicas transnacionales. Las plataformas en línea globales, como Facebook, Amazon, TikTok o tantas otras, desempeñan cada vez más un papel crucial en la intersección entre la autoridad pública y el ordenamiento privado. Este fenómeno plantea desafíos constitucionales respecto a la estructura de nuestros espacios sociales digitales y la manera en que se toman las decisiones que afectan nuestras vidas democráticas y nuestros derechos civiles. La concentración de poder redefine las dinámicas de control y participación en la esfera pública digital, subrayando la necesidad de marcos regulatorios que puedan contrarrestar estos desequilibrios (De Gregorio, 2020).

Desde finales del siglo pasado, en Europa, el encanto por las promesas de las tecnologías digitales ha llevado a descuidar y olvidar el papel del

RBDFJ51_MIOLO.indd 244 13/02/2025 10:04:43

constitucionalismo en la protección de los derechos fundamentales –derechos estos que se adaptan a su contexto y necesidad– y la limitación del surgimiento y consolidación de poderes irresponsables que abusan de los derechos humanos, haciendo que las funciones públicas en el entorno digital sean subyugadas por la lógica del mercado por delegación o inercia. Este proceso ha contribuido a la consolidación de nuevos poderes fundacionales que escapan a la supervisión pública y proporcionan modelos de negación de la soberanía, "que compiten con las autoridades públicas, vendidos por ellos como procesos disruptivos y con un discurso emprendedor" (Celeste, 2020, p. 42).

La intersección entre lo humano y lo digital exige una regulación dinámica y amplia que no solo se pregunte cómo regular, sino a qué fines debe servir dicha regulación. En este sentido, la regulación de las redes es una cuestión eminentemente política y ética. El polémico y limitado concepto de constitucionalismo digital ha sido ampliamente explorado por juristas como Oreste Pollicino (2020, 2021), Edoardo Celeste (2019, 2020, 2021), Gilmar Mendes (2019, 2020) y Giovanni De Gregorio (2020). Este concepto se centra en la adaptación y reinterpretación de los principios constitucionales en el entorno digital. Pollicino, por ejemplo, es uno de los autores que argumenta que la digitalización no es simplemente una transformación tecnológica, sino una reconfiguración profunda de las estructuras de poder y control, lo que exige una revisión crítica y exhaustiva de los marcos jurídicos tradicionales. Pollicino afirma que "la digitalización está reescribiendo las reglas del juego, donde los actores tradicionales del poder estatal están siendo desafiados por las nuevas dinámicas de control digital" (Pollicino, 2021, p. 25).

En el mismo sentido, Gilmar Mendes destaca la necesidad de una nueva arquitectura jurídica que sea capaz de responder a los desafíos de la interconectividad global y la creciente dependencia de las infraestructuras digitales. Mendes propone que los principios del constitucionalismo tradicional deben reinterpretarse para ser aplicables en el contexto digital, asegurando así la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (Mendes, 2019, p. 77).

La discusión sobre esta nueva gramática adaptada a nuevos contextos revela la urgencia de repensar los principios fundamentales en ambientes profundamente marcados por la digitalización de las relaciones humanas y sociales. Lejos de ser un simple ejercicio técnico, esta tarea implica enfrentar las tensiones entre los marcos jurídicos tradicionales y las dinámicas del poder digital, que reconfiguran las formas de interacción entre los Estados, las corporaciones tecnológicas y los individuos. La relectura de los principios constitucionales, como lo proponen Pollicino y Mendes (Pollicino, 2021; Mendes, 2019), no solo busca adaptarse a las transformaciones digitales, sino también garantizar que los derechos fundamentales mantengan su vigencia y capacidad protectora en un entorno digital cada vez más complejo.

RBDFJ51_MIOLO.indd 245 13/02/2025 10:04:44

1.2 Principios y desafíos del constitucionalismo digital

El derecho constitucional enfrenta en la era digital un desafío que excede la simple regulación de la tecnología. La tarea es más ambiciosa: requiere desarrollar una estructura normativa sofisticada, capaz de responder a las amenazas emergentes que plantean los poderes privados transnacionales, los cuales ejercen una influencia sustancial y creciente sobre las democracias en el ámbito local. El constitucionalismo moderno, centrado tradicionalmente en la protección de derechos fundamentales mediante la limitación del poder estatal, se encuentra con un límite inherente en las constituciones mismas, que no fueron diseñadas para regular ni contener el poder de actores privados.

En el contexto de una "sociedad algorítmica", los riesgos ya no se circunscriben exclusivamente a los gobiernos; ahora provienen de enormes conglomerados privados que operan con una autonomía desprovista de las salvaguardias que sí se aplican al poder estatal. Esta realidad exige a las democracias constitucionales desarrollar mecanismos capaces de integrar los valores democráticos en el diseño y despliegue de la tecnología, la cual no es ni autónoma ni neutral, sino profundamente influenciada por decisiones humanas que condicionan su desarrollo y, en última instancia, sus impactos sobre la sociedad.

El constitucionalismo digital emerge como una corriente de pensamiento dentro del derecho constitucional que intenta responder a los retos únicos de una sociedad altamente digitalizada e interconectada. Este concepto plantea una expansión del constitucionalismo tradicional, diseñado originalmente para limitar el poder estatal y proteger los derechos fundamentales, hacia un marco normativo que abarque también el poder de los actores privados transnacionales. La teoría constitucional, en sus raíces, presupone una "esfera pública estatal" (Pereira y Keller, 2022) donde el Estado monopoliza la capacidad de influir en el orden social. Sin embargo, la creciente influencia de gigantes tecnológicos que operan de forma transnacional demanda una revisión de esta premisa, puesto que dichos actores ejercen un poder normativo y estructural sin precedentes en la vida cotidiana de los ciudadanos, ampliando los márgenes de lo que es ser parte del Estado.

Esta tendencia responde, en parte, a las transformaciones globales de las últimas décadas, durante las cuales tanto el ejercicio del poder estatal como el de los poderes privados se han visto profundamente influenciados por la digitalización. Estas transformaciones impulsaron la aparición de nuevas categorías teóricas, tales como el pluralismo constitucional y el constitucionalismo multinivel, las cuales reconocen la necesidad de estructuras normativas que trasciendan los límites del Estado nación y respondan a las dinámicas globales (Celeste, 2019). En este sentido, el "constitucionalismo digital" intenta articular un marco jurídico para

RBDFJ51_MIOLO.indd 246 13/02/2025 10:04:44

enfrentar los retos de la era tecnológica, con especial atención a la protección de los derechos en el ámbito de la información digital y, en particular, en el contexto de Internet.

La expansión de la tecnología digital desde la década de 1990 generó un cambio estructural en las relaciones de poder, haciendo necesaria una revisión de las categorías tradicionales del derecho constitucional. Como indica Celeste (2019), el "constitucionalismo digital" puede ser concebido como una "ideología que adapta los valores del constitucionalismo contemporáneo a la sociedad digitalizada". Esta adaptación no necesariamente es una vertente teórica del constitucionalismo, sino un sistema ideológico que se propone integrar principios de transparencia, responsabilidad y derechos en un entorno donde las decisiones de los actores privados tienen implicaciones tan extensas como las del poder estatal, pero operan con menos restricciones y supervisión.

A pesar de su crecimiento como campo de estudio, el "constitucionalismo digital" sigue siendo un "concepto en disputa", carente de una definición unívoca que capture sus objetivos y límites con claridad (Pereira e Keller, 2022). Algunos estudiosos lo ven como una simple extensión de los principios del constitucionalismo clásico a un nuevo contexto; otros sostienen que este constitucionalismo implica una transformación fundamental de la teoría, redefiniendo el concepto de soberanía y el ámbito de los derechos en un espacio que no se ajusta a las fronteras estatales tradicionales.

Como señala Suzor (2018), los actores privados, al operar sin las mismas limitaciones que el Estado, tienen la capacidad de estructurar el espacio digital de una manera que puede restringir o ampliar los derechos, sugiriendo que el poder en la era digital necesita una supervisión normativa equiparable a la del poder estatal. La relevancia y los riesgos del "constitucionalismo digital" radican en su potencial para proporcionar un marco de protección efectivo para los derechos en la era digital, pero también en la posibilidad de que se convierta en un "artificio retórico" que carezca de efectividad real.

Las tentativas de conceptualización del constitucionalismo digital han producido, en algunos casos, interpretaciones contradictorias o redundantes que limitan su utilidad para establecer un sistema normativo coherente que regule las dinámicas digitales. En última instancia, el "constitucionalismo digital" plantea una cuestión fundamental: ¿se trata de una extensión del constitucionalismo clásico, adaptado para un nuevo entorno tecnológico, o bien representa una reformulación profunda de la teoría constitucional misma? Como destacan De Blasio y Heldt (2020), esta nueva esfera digital exige una reconceptualización de las relaciones de poder y de los mecanismos de protección de derechos que no pueden depender exclusivamente del Estado, sino que deben responder a la

RBDFJ51_MIOLO.indd 247 13/02/2025 10:04:44

complejidad del ecosistema digital global. Este contexto demanda, en palabras de Celeste (2019), una ideología y un marco jurídico capaces de adaptar los valores del constitucionalismo contemporáneo a una sociedad donde las tecnologías digitales no son neutrales, sino producto de decisiones humanas con profundas implicaciones éticas y políticas.

La expresión "constitucionalismo digital" surge, entonces, como un intento de adaptar los principios y conceptos tradicionales del derecho constitucional a las nuevas realidades impuestas por la revolución tecnológica. Este marco conceptual pretende no sólo reafirmar la vigencia normativa de los Estados nación, sino también reconocer y defender los derechos de los usuarios, definir las responsabilidades objetivas de las grandes plataformas digitales y repensar la protección de los derechos y las responsabilidades en clave colectiva. Sin embargo, queda por esclarecer qué significa realmente este nuevo "constitucionalismo digital": ¿es simplemente una extensión del constitucionalismo clásico al ámbito digital, o representa una transformación más profunda y esencial en la teoría constitucional misma?

Esta pregunta es crucial, pues si consideramos que es una mera extensión de los principios tradicionales puede resultar insuficiente ante la magnitud y complejidad de los retos digitales contemporáneos. Quizás lo que se requiere sea una reformulación integral del constitucionalismo, una que no sólo adapte sus mecanismos y principios al entorno digital, sino que reinterprete los conceptos fundamentales de soberanía, derechos y poder en función de las dinámicas globales y descentralizadas que caracterizan la sociedad digital. En este sentido, el "constitucionalismo digital" no sería solo un campo emergente dentro del derecho, sino una transformación epistémica y teórica que cuestiona y amplía los límites de las ciencias jurídicas y las tensiones de las estructuras de los Estados, integrando en su núcleo principios que responden a los desafíos únicos de la era digital.

Históricamente, el constitucionalismo se refiere al sistema de normas y principios que rigen la organización y el funcionamiento del Estado, limitando el poder gubernamental y protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos. Desde la Carta Magna de 1215, pasando por las revoluciones estadounidense y francesa del siglo XVIII, hasta la consolidación de las constituciones modernas, el constitucionalismo ha evolucionado para atender las demandas y desafíos de cada época. En un análisis muy sintético, podemos afirmar que el constitucionalismo clásico se basa en tres pilares fundamentales: la limitación del poder estatal, la garantía de los derechos fundamentales y la separación de poderes. Estos principios se han adaptado y reformulado a lo largo del tiempo para responder a las necesidades de sociedades en constante transformación. Sin embargo, la llegada de la era digital presenta desafíos inéditos que pueden exigir un nuevo

RBDFJ51_MIOLO.indd 248 13/02/2025 10:04:44

enfoque teórico y práctico. La revolución tecnológica, caracterizada por la ubicuidad de internet y las tecnologías digitales, ha sido considerada por algunos teóricos como un potencial nuevo momento constitucional.

Esta perspectiva sugiere que la tecnología digital no solo influye, sino que transforma las bases sobre las cuales se asienta el constitucionalismo. La pregunta central aquí es si los cambios tecnológicos demandan una reformulación de los principios constitucionales tradicionales o simplemente una adaptación de los mismos a las nuevas realidades. Una posible interpretación del constitucionalismo digital es que busca aplicar los principios del constitucionalismo tradicional al entorno digital, garantizando que los derechos fundamentales sean protegidos en la esfera digital de la misma manera que lo son en el mundo físico. Otra lectura sugiere que el constitucionalismo digital exige nuevos principios y normas que respondan a las características únicas de la tecnología digital, como la rapidez de la comunicación, la ubicuidad de la información y los desafíos a la privacidad y la seguridad, la veremos a detalle más a seguir.

1.3 Derechos emergentes en el constitucionalismo digital

El constitucionalismo digital se presenta como un sistema esencial de pluralismo jurídico que redefine la relación entre el individuo, el Estado y las corporaciones en la era de la información. Esta transformación se manifiesta en la incorporación y autonomía de ciertos derechos dentro de los textos constitucionales y en las nuevas interpretaciones legales desarrolladas por los tribunales a medida que estos derechos se consolidan. Sin embargo, esta evolución no está exenta de desafíos y tensiones, especialmente en relación con el papel de las cortes y la capacidad legislativa de los Estados para adaptarse a los rápidos avances tecnológicos.

Brasil se erige como un ejemplo significativo de cómo los derechos digitales emergen y se institucionalizan en el mundo. Con la Enmienda Constitucional 115 de 2022, Brasil añadió el inciso LXXIX al artículo 5 de su Constitución, otorgando carácter constitucional al derecho a la protección de datos personales. Esta inclusión no solo refuerza la privacidad de los ciudadanos brasileños, sino que también promueve una autodeterminación informativa esencial en un entorno digital cada vez más complejo. Al consagrar este derecho a nivel constitucional, Brasil establece una base sólida para que los individuos puedan controlar el acceso, la rectificación y la cancelación de sus datos personales, así como oponerse a su tratamiento.

Este avance en Brasil refleja una tendencia global en la que los países reconocen la necesidad de proteger los derechos digitales de sus ciudadanos. Por ejemplo, México reconoce explícitamente el derecho a la protección de datos

RBDFJ51_MIOLO.indd 249 13/02/2025 10:04:44

personales en el artículo 16 de su Constitución, estableciendo un marco legal que garantiza la autodeterminación informativa. De manera similar, Alemania ha sido pionera en este ámbito; el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su histórico fallo sobre el censo de 1983, estableció que los ciudadanos tienen el derecho fundamental a determinar la divulgación y uso de sus datos personales. Este principio se ha convertido en un pilar de la jurisprudencia alemana y ha influido en legislaciones y decisiones judiciales en toda Europa.

La Unión Europea, a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha reconocido derechos como el "derecho al olvido", que permite a los individuos solicitar la eliminación de enlaces a información personal obsoleta o irrelevante en motores de búsqueda, como se estableció en el caso Google Spain SL, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González en 2014 (TJUE, 2014, asunto C-131/12). Estos desarrollos muestran cómo los derechos digitales están siendo reconocidos y protegidos en diversas jurisdicciones, reflejando una respuesta global a los desafíos planteados por la era digital. No obstante, la capacidad legislativa para abordar adecuadamente estos derechos emergentes sigue siendo un problema crítico. La lentitud de los procesos legislativos, la influencia de los lobbies de empresas tecnológicas y la falta de interés político a menudo obstaculizan la creación de leyes robustas y efectivas.

Las empresas transnacionales, con su enorme poder económico y de influencia, suelen lograr diluir o bloquear regulaciones que podrían afectar sus modelos de negocio. Esta deficiencia legislativa impone una carga desproporcionada sobre los tribunales, que deben interpretar y aplicar principios constitucionales en un contexto de rápida evolución tecnológica y social. En este escenario, las supremas cortes juegan un papel fundamental en la protección y expansión de los derechos digitales. Decisiones como las del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la autodeterminación informativa, la Corte Suprema de Estados Unidos en Riley vs. California, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Google Spain han sido cruciales para establecer precedentes que definen los derechos digitales de los individuos. En Brasil, el Poder Judicial también ha tenido que abordar cuestiones relativas a la privacidad y protección de datos, interpretando las nuevas disposiciones constitucionales y adaptándolas a casos concretos.

Sin embargo, esta judicialización de la protección de derechos plantea sus propios desafíos. Las cortes deben equilibrar cuidadosamente los derechos individuales con los intereses públicos y corporativos, y sus decisiones a menudo son interpretadas como actos de creación legislativa más que de mera interpretación jurídica, lo que puede llevar a críticas sobre activismo judicial. Este fenómeno subraya la necesidad de que los poderes legislativos actúen proactivamente para establecer marcos legales claros que aborden los retos de la era digital. Brasil, al

RBDFJ51_MIOLO.indd 250 13/02/2025 10:04:44

otorgar rango constitucional al derecho a la protección de datos personales, se posiciona a la vanguardia en la protección de los derechos digitales en América Latina.

Este avance refleja una tendencia global en la que los derechos digitales emergen como componentes esenciales de las constituciones y de la jurisprudencia internacional. Sin embargo, para que estos derechos sean efectivos, es necesario que los poderes legislativos y judiciales trabajen en conjunto, superando obstáculos y resistencias, para garantizar que la legislación se mantenga al ritmo de los avances tecnológicos y proteja adecuadamente los derechos de los individuos en el mundo digital. Además, la tensión constante con la posible censura es un tema delicado. La protección de derechos digitales como la privacidad y el derecho al olvido a veces se percibe en conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información. Por ejemplo, la implementación del derecho al olvido puede ser vista como una forma de censura, donde la eliminación de información de motores de búsqueda afecta el acceso del público a información relevante, impactando inclusive el derecho a la historia.

Esta tensión requiere un enfoque equilibrado y matizado, donde las cortes deben sopesar cuidadosamente los derechos en conflicto para evitar abusos y garantizar una protección adecuada. La falta de capacidad legislativa también refleja una desconexión entre la rapidez con la que evoluciona el entorno digital y la lentitud con la que los marcos legales tradicionales se adaptan. Esto no sólo deja a los individuos vulnerables a violaciones de sus derechos, sino que también genera incertidumbre jurídica para las empresas y el Estado. Los tribunales, aunque esenciales, no pueden ser la única respuesta; se requiere una acción legislativa más ágil y proactiva para abordar estos desafíos de manera efectiva.

En conjunto, la integración de estos derechos en los textos constitucionales, junto con la interpretación judicial, es un paso crucial hacia la construcción de un marco jurídico que responda a las realidades y desafíos de la era digital. No obstante, la falta de capacidad legislativa, la influencia corporativa y la tensión con la censura presentan obstáculos significativos que deben ser superados para asegurar un entorno digital más justo y equitativo para todos. Esta crítica nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de una reforma estructural en la gobernanza digital, donde la cooperación internacional, el diálogo multisectorial y un compromiso renovado con los principios democráticos y de derechos humanos sean la base para un entorno digital que realmente sirva a los intereses de todos los ciudadanos. La adaptación de las constituciones y la interpretación judicial deben ir de la mano con un proceso legislativo más inclusivo y dinámico, capaz de responder a los desafíos actuales y futuros de la era digital.

RBDFJ51_MIOLO.indd 251 13/02/2025 10:04:44

El constitucionalismo moderno, además, debe considerar las dinámicas de poder y la participación ciudadana en la gobernanza digital. La democratización de la tecnología y el acceso universal a internet plantean nuevas oportunidades y retos para la participación democrática y la protección de los derechos humanos en un mundo interconectado. El reto es asegurar que el marco constitucional sea suficientemente robusto para proteger estos derechos en un entorno en constante cambio, sin perder de vista los principios fundamentales que han guiado el constitucionalismo desde sus inicios. Por lo tanto, hay una necesidad urgente de considerar si la era digital representa un nuevo paradigma constitucional.

Una interpretación que considero posible es que el constitucionalismo digital busca aplicar los principios del constitucionalismo tradicional al entorno digital, garantizando que los derechos fundamentales sean protegidos en la esfera digital de la misma manera que lo son en el mundo físico. Otra interpretación sugeriría que el constitucionalismo digital exige nuevos principios y normas que respondan a las características únicas de la tecnología digital, como la rapidez de la comunicación, la ubicuidad de la información y los desafíos a la privacidad y la seguridad. También es relevante pensar cómo los derechos digitales pueden ser incorporados y garantizados dentro de las estructuras constitucionales existentes. Esto incluye la creación de nuevos derechos específicos para el entorno digital, como el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la privacidad en línea, además de mecanismos de gobernanza que aseguren la transparencia y la rendición de cuentas de las plataformas digitales.

Los intentos de definir y aplicar este concepto frecuentemente resultan en ambigüedades e inconsistencias. La principal fragilidad teórica reside en la dificultad de conciliar las características dinámicas y fluidas del entorno digital con los principios estáticos y universales del constitucionalismo tradicional. Esta incongruencia puede afectar negativamente el paradigma del constitucionalismo democrático, al crear incertidumbres jurídicas y potenciales conflictos entre normas tradicionales y nuevas demandas digitales.

Edoardo Celeste, un referente y defensor de la propuesta de constitucionalismo digital, analiza cómo el derecho constitucional puede responder a los desafíos de la digitalización mediante reformas legislativas e iniciativas como las Cartas de Derechos Digitales. Celeste argumenta que el constitucionalismo digital implica un proceso de "constitucionalización de la tecnología", donde los principios constitucionales se extienden al ámbito digital para proteger los derechos fundamentales (Celeste, 2020). Según Celeste, la constitucionalización de la tecnología no solo significa la adaptación de los marcos legales existentes, sino también la creación de nuevas normas que reflejen las realidades específicas del entorno digital. Este proceso requiere una comprensión profunda de cómo las

RBDFJ51_MIOLO.indd 252 13/02/2025 10:04:44

tecnologías digitales interactúan con los derechos y deberes establecidos, y cómo estas interacciones pueden dar lugar a nuevas formas de injusticia y exclusión.

Paul Bernal, en su estudio sobre derechos digitales y el constitucionalismo, afirma que "los derechos digitales deben ser considerados como una extensión natural de los derechos humanos tradicionales, y cualquier marco constitucional debe reflejar esta continuidad, adaptando los principios establecidos a las nuevas realidades tecnológicas" (Bernal, 2014, p. 45). La tarea de desarrollar un marco constitucional flexible y robusto que enfrente los desafíos de la era digital son complejos. Requiere no solo la modificación de leyes y regulaciones, sino también un cambio en la cultura jurídica y en la percepción pública de los derechos digitales. En América Latina, países como Brasil, México y Chile han iniciado discusiones para incorporar derechos digitales en sus constituciones. Estos esfuerzos reflejan la creciente conciencia sobre la importancia de garantizar derechos en el entorno digital. En Brasil, aunque ya se propone incluir el acceso a internet como un derecho fundamental, se argumenta que el derecho al acceso a la información está implícitamente protegido en la Constitución de 1988.

Las plataformas digitales, en su rol de intermediarios de información, han adquirido un poder significativo para controlar qué información se difunde y cómo se presenta. Este control puede ejercer una influencia desmesurada sobre la opinión pública y el proceso democrático. Por ejemplo, las decisiones de moderación de contenido por parte de plataformas como Facebook y Twitter han generado controversias sobre los límites de la libertad de expresión y el papel de estas plataformas como guardianes de la información pública. La capacidad de estas empresas para eliminar contenido, suspender cuentas y priorizar ciertos mensajes sobre otros plantea cuestiones fundamentales sobre quién debe tener la autoridad para tomar tales decisiones y bajo qué criterios.

El constitucionalismo digital intenta responder a estos desafíos mediante la extensión de principios y derechos constitucionales al ámbito digital. Pollicino y De Gregorio son dos autores que argumentan que es esencial adaptar los marcos constitucionales para enfrentar la nueva realidad tecnológica, donde las decisiones que antes eran prerrogativas del Estado ahora son tomadas por entidades privadas con un alcance global. La adaptación de principios constitucionales a la esfera digital incluye la protección de la privacidad, la libertad de expresión y el derecho a la información. Sin embargo, también requiere nuevas interpretaciones y aplicaciones de estos derechos para asegurar que sean efectivos en el nuevo entorno.

Edoardo Celeste (2020) enfatiza la necesidad de desarrollar una "Carta de Derechos Digitales" que articule claramente los derechos y responsabilidades en el entorno digital. Para el autor, esta carta debería incluir no sólo los derechos

RBDFJ51_MIOLO.indd 253 13/02/2025 10:04:44

tradicionales adaptados al contexto digital, sino también nuevos derechos específicos. La intersección entre lo humano y lo digital exige una regulación dinámica y amplia que no solo se pregunte cómo regular, sino a qué fines debe servir dicha regulación. En este sentido, la regulación de las redes es una cuestión eminentemente política y ética**.**

El constitucionalismo digital, tal como lo conceptualizan Paulo Renã da Silva Santarém y Edoardo Celeste (2021), se presenta como una respuesta normativa ante las transformaciones profundas que la digitalización ha impuesto sobre las estructuras de poder y los derechos fundamentales. Según los autores, la digitalización no debe considerarse únicamente como un avance técnico, sino como una reconfiguración de las relaciones de control, donde actores privados, como las plataformas tecnológicas, compiten con los Estados por la gestión de los derechos fundamentales en el entorno digital. Este análisis subraya la necesidad de expandir los principios del constitucionalismo tradicional para abarcar estas dinámicas de poder transnacional.

Santarém y Celeste (2021) argumentan que el constitucionalismo digital no debe ser entendido como un sistema cerrado de normas, sino como un conjunto de valores que guían la creación de respuestas normativas en este entorno. Este marco no se limita a los instrumentos legales formales, como las constituciones nacionales, sino que incluye una diversidad de herramientas, desde las cartas de derechos digitales hasta las reglas internas de las plataformas y los mecanismos de resolución de disputas transnacionales. Estas respuestas normativas reflejan un pluralismo jurídico que abarca tanto actores públicos como privados, lo que plantea interrogantes sobre cómo equilibrar los derechos fundamentales con la rendición de cuentas de las plataformas tecnológicas.

Un ejemplo de esta tensión es la interacción entre las plataformas digitales y las legislaciones nacionales, como se observa en Brasil con la regulación de la desinformación o en Australia con las políticas de compensación a editores. Según Santarém y Celeste, estos casos ilustran cómo las plataformas han asumido un papel de actores políticos, influyendo activamente en el desarrollo de normativas que afectan tanto a la libertad de expresión como al acceso a la información. El mapeo normativo propuesto por los autores identifica la fragmentación inherente a las respuestas jurídicas en el entorno digital. Además, ponen ejemplos de las herramientas nacionales y regionales, destacan mecanismos innovadores desarrollados por actores transnacionales, como las reglas internas de plataformas tecnológicas y los sistemas de resolución de disputas administrados por organizaciones como la ICANN.

En este contexto, el constitucionalismo digital no solo regula las transformaciones tecnológicas, sino que reconfigura las relaciones entre derechos,

RBDFJ51_MIOLO.indd 254 13/02/2025 10:04:44

poder y soberanía. Los autores destacan que este marco debe ser dinámico y adaptable, capaz de integrar la pluralidad de actores y de anticipar los desafíos emergentes. Para ello, proponen un enfoque que no solo responda a las desigualdades estructurales, sino que también priorice la justicia social y la equidad en la gobernanza del espacio digital. En suma, existe un esfuerzo por construir un marco normativo inclusivo que reconozca tanto las oportunidades como los riesgos del entorno digital. La influencia de actores privados sobre las legislaciones nacionales evidencia la necesidad urgente de un constitucionalismo digital que no solo proteja los derechos fundamentales, sino que también establezca límites claros al poder desproporcionado de las plataformas, garantizando así un equilibrio entre innovación tecnológica y justicia social. Muchos de los documentos asociados a esta corriente, como cartas de derechos y declaraciones multiactorales, carecen de mecanismos de cumplimiento que realmente afecten la distribución de poder en este espacio. Asimismo, la crítica apunta a que el constitucionalismo digital intenta reconfigurar protecciones constitucionales clásicas, como la privacidad y la libertad de expresión, en respuesta a las transformaciones de lo digital.

Pereira y Keller por otro lado sistematizaron algunas de las críticas al concepto y a la idea centralizadora que carga la propuesta de constitucionalismo digital. Por ejemplo, en primer lugar, el constitucionalismo digital es criticado por su carácter meramente retórico, ya que muchos documentos, como cartas de derechos y declaraciones multiactorales, carecen de mecanismos de cumplimiento, lo que debilita su impacto en la regulación efectiva del poder en lo digital. Según los autores, aunque estos documentos afirman consolidar derechos fundamentales, su falta de obligatoriedad legal limita su capacidad para contrarrestar los poderes privados en el entorno digital. En este sentido, Yilma (2017) es una de las que cuestiona la efectividad de este marco normativo y propone que, para lograr una verdadera protección de derechos, se debería considerar una carta de derechos en el ámbito de las Naciones Unidas, subrayando que los actuales instrumentos de constitucionalismo digital, si bien descriptivos, resultan en su mayoría simbólicos.

El segundo enfoque del constitucionalismo digital busca reconfigurar las protecciones constitucionales tradicionales ante las transformaciones digitales, especialmente en lo que respecta a la protección de derechos como la privacidad y la libertad de expresión. No obstante, Jack Balkin (2014) critica este modelo por su limitada efectividad en un contexto donde las plataformas digitales controlan indirectamente el discurso público mediante la "infraestructura de la libertad de expresión" (Balkin, 2014, pp. 6-7). Este modelo implica una "regulación indirecta" del discurso a través del control de la infraestructura digital, en lugar de un control directo sobre el contenido, lo cual, en lado práctica, crea una dependencia estructural de los usuarios respecto a las políticas internas de las plataformas, reduciendo la autonomía ciudadana en lo digital.

RBDFJ51_MIOLO.indd 255 13/02/2025 10:04:44

Finalmente, el tercer enfoque planteado indica que el constitucionalismo digital actúa como una estructura de gobernanza autorregulada en manos de plataformas digitales, lo que genera cuestionamientos sobre su efectividad real y sobre la legitimidad de esta "autorregulación" corporativa. Suzor (2018) propone que las plataformas deberían operar bajo principios de "Estado de Derecho", pero también alerta sobre la pobre implementación de salvaguardas procesales mínimas como la transparencia y la equidad. Este modelo de gobernanza privada genera preocupación, pues, como indica Floridi (2021), en lugar de limitar el poder de las plataformas, se corre el riesgo de legitimar su dominio en el espacio digital. La estructura de gobernanza de Facebook mediante el Oversight Board –una "Suprema Corte Online" financiada y operada por la propia plataforma– ejemplifica esta dinámica, al demostrar cómo las metáforas constitucionales pueden servir para enmascarar la falta de independencia y la legitimación de estructuras de poder privado.

El constitucionalismo digital, en lugar de ser un marco emancipador para proteger derechos, es percibido como una herramienta de legitimación de poder corporativo. Esta corriente se presenta más como una "ideología adaptativa" que, como un verdadero avance en la defensa de derechos en lo digital, pues adapta retóricamente los valores constitucionales sin mecanismos efectivos de supervisión. Como meta-crítica, Golia (2021) interpreta el constitucionalismo digital como un "discurso constitucional" que, si bien investiga, también da forma a las relaciones sociales en un contexto digital, reflejando y moldeando la interacción de los individuos con sus condiciones materiales de existencia en la era digital.

Capítulo 2: Eficacia horizontal de los derechos fundamentales

La teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales adaptada por Gilmar Mendes (2020) presenta una reinterpretación significativa del alcance de estos derechos en las relaciones entre particulares, especialmente en el contexto digital. Esta teoría parte de la noción tradicional de los derechos fundamentales como mecanismos de protección del individuo frente al Estado, conocidos como eficacia vertical. Sin embargo, Mendes entiende que, en la era digital, esta concepción es insuficiente y se requiere extender la aplicación de estos derechos a las relaciones horizontales, es decir, entre particulares y público. La eficacia horizontal directa se refiere a la capacidad de los individuos para invocar sus derechos fundamentales directamente contra otros particulares. Esto implica que, por ejemplo, un usuario puede exigir el respeto a su privacidad directamente de una plataforma digital. En contraste, la eficacia horizontal indirecta implica la

RBDFJ51_MIOLO.indd 256 13/02/2025 10:04:44

intervención del Estado para regular y supervisar las actividades de los particulares, asegurando así el respeto a los derechos fundamentales. En este caso, el Estado actúa como mediador y regulador para garantizar que las empresas tecnológicas cumplan con las normativas que protegen los derechos de los usuarios.

En el entorno digital, donde las grandes corporaciones tecnológicas tienen un poder significativo sobre la información y la privacidad de los usuarios, la teoría presentada por el magistrado Gilmar Mendes se centra en asegurar que estas entidades respeten y garanticen los derechos fundamentales en sus operaciones diarias, en una relación ampliada del Estado. Esto incluye la adopción de medidas proactivas para proteger la privacidad, garantizar la libertad de expresión y prevenir la discriminación algorítmica. El autor sostiene que las plataformas digitales deben ser responsables de implementar políticas que protejan los derechos fundamentales, y estas responsabilidades deben ser claramente definidas y reguladas para asegurar un cumplimiento efectivo.

Mendes destaca la necesidad de normativas claras y predefinidas, rompiendo con la tradición norteamericana del "buen samaritano" y con aquellos mecanismos de supervisión efectivos que responsabilicen a estas plataformas de prevenir abusos y proteger los derechos de los usuarios. Este marco regulatorio debe incluir desde políticas de privacidad robustas hasta algoritmos diseñados para evitar la discriminación y la censura injustificada. Uno de los mayores desafíos para la implementación de esta teoría es la resistencia de las grandes corporaciones tecnológicas y la complejidad de establecer regulaciones efectivas a nivel global. El autor señala que, para superar estos obstáculos, es crucial para una cooperación internacional y un enfoque multilateral que armonice las normativas y promueva la colaboración entre diferentes jurisdicciones, pero retomando y reorganizando la soberanía. Esto incluye la creación de acuerdos internacionales y la colaboración entre organismos reguladores para enfrentar los desafíos comunes.

Además de identificar la relación entre privado y público, la eficacia horizontal implica que los derechos fundamentales deben ser considerados en todas las interacciones sociales, económicas y tecnológicas, no solo en la relación vertical entre el ciudadano y el Estado. Este enfoque reconoce que los actores privados, especialmente las grandes corporaciones tecnológicas, tienen el poder de influir significativamente en los derechos de los individuos, teniendo poderes superiores a diversos Estados Nación. En el entorno digital, donde las plataformas tecnológicas median gran parte de nuestras interacciones, la aplicación de los derechos fundamentales en estas relaciones privadas se vuelve crucial. Esta reinterpretación de la eficacia horizontal no solo amplía el alcance de los derechos fundamentales, sino que también establece un marco para responsabilizar a las corporaciones tecnológicas por sus acciones y decisiones. Mendes argumenta

RBDFJ51_MIOLO.indd 257 13/02/2025 10:04:44

que la protección de los derechos fundamentales en el entorno digital requiere un enfoque proactivo y comprensivo, que abarque tanto la regulación estatal como las prácticas empresariales.

La aplicación horizontal de los derechos fundamentales es esencial para enfrentar las asimetrías de poder entre las plataformas digitales y los usuarios, siendo necesario que las plataformas no sean consideradas meramente como intermediarios pasivos, sino como actores con enormes poderes en las manos, que deben ser considerados responsables de proteger los derechos fundamentales de los usuarios. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales debe ser un principio guía en la regulación de las plataformas digitales, asegurando que los derechos de los usuarios no sean comprometidos por las prácticas comerciales de estas empresas.

La intervención de los tribunales ha sido fundamental en la construcción del constitucionalismo digital en Brasil, reflejando un esfuerzo continuo por equilibrar derechos fundamentales y prácticas de plataformas digitales. Giovanni De Gregorio (2020), indica cómo los tribunales europeos han establecido precedentes cruciales en la protección de la privacidad y los derechos de datos personales, como en los casos Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos y Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner. En Brasil, la intervención judicial ha sido igualmente significativa. Los bloqueos de WhatsApp entre 2015 y 2016 ilustran la tensión entre la privacidad de los usuarios y las necesidades de la aplicación de la ley, donde la negativa de la plataforma a proporcionar datos de usuarios en investigaciones criminales llevó a bloqueos temporales ordenados por jueces brasileños.

El Ministério Público Federal (MPF) desempeñó un papel crucial en el caso contra Facebook por el escándalo de Cambridge Analytica, donde datos de millones de usuarios fueron utilizados sin su consentimiento para influir en procesos electorales. La acción civil pública del MPF acusó a Facebook de no proteger adecuadamente los datos personales, exigiendo medidas para mejorar la seguridad y la privacidad de los datos de los usuarios (MPF, 2018). Este caso refleja la importancia de la intervención judicial en la protección de los derechos de privacidad en el entorno digital. Otro ejemplo relevante es el caso de ViaQuatro, donde el Ministério Público del Estado de São Paulo demandó a la concesionaria del metro por el uso no autorizado de tecnología de reconocimiento facial en las estaciones. El tribunal ordenó la suspensión de esta tecnología hasta que se garantizara la transparencia y el consentimiento de los usuarios, subrayando la necesidad de un marco legal claro para el uso de tecnologías avanzadas que afectan los derechos de privacidad (TJSP, 2019).

A pesar de estos avances judiciales, el sistema jurídico brasileño enfrenta desafíos, por ejemplo el caso IDEC vs. WhatsApp y Facebook (2016) destaca

RBDFJ51_MIOLO.indd 258 13/02/2025 10:04:44

la importancia de la transparencia y el consentimiento en la recolección y uso de datos personales. IDEC argumentó que la práctica de compartir datos entre WhatsApp y Facebook violaba los derechos de privacidad de los consumidores, subrayando la necesidad de regulaciones que protejan a los usuarios de prácticas abusivas por parte de las plataformas digitales (IDEC, 2016).

Estos casos ilustran cómo los tribunales brasileños han sido actores relevantes en la protección de los derechos digitales, imponiendo sanciones y estableciendo precedentes importantes para garantizar la responsabilidad y la transparencia en el manejo de datos personales. Sin embargo, la ausencia de una legislación específica y la necesidad de una hermenéutica adaptada al contexto nacional subrayan las limitaciones del actual marco jurídico brasileño. Es imperativo desarrollar leyes claras y específicas que aborden las particularidades del entorno digital en Brasil, asegurando que las innovaciones tecnológicas no se realicen a expensas de los derechos fundamentales de los individuos.

Capítulo 3: La reforma del Código Civil y la responsabilidad de las plataformas

Dentro de este contexto, la responsabilidad civil ha sido un pilar fundamental en los sistemas jurídicos a nivel global, proporcionando un marco para la compensación de daños y la promoción de conductas responsables. Tradicionalmente, este concepto se ha basado en principios como la culpabilidad, la relación causal y la teoría del riesgo, los cuales han sido adaptados y evolucionados a lo largo del tiempo para abordar nuevas realidades y desafíos. En el contexto digital actual, la naturaleza y el alcance de la responsabilidad civil han experimentado transformaciones significativas, reflejando la necesidad de un marco legal que responda a las nuevas tecnologías y las dinámicas de regulación.

La teoría de la culpa, uno de los fundamentos más antiguos de la responsabilidad civil, establece que una persona es responsable por los daños causados si se puede demostrar que este actuó de manera negligente o imprudente. Este enfoque se centra en la conducta del autor del daño, evaluando si hubo un incumplimiento de un deber de cuidado que razonablemente debería haberse observado. Sin embargo, en el contexto digital, la aplicación de esta teoría puede ser más compleja debido a la naturaleza técnica y a veces opaca de las operaciones de las plataformas digitales. Probar la culpa en estos casos puede ser un desafío debido a la dificultad de demostrar cómo las acciones específicas de una plataforma llevaron directamente al daño, principalmente por la falta de transparencia en las formas de actuar.

RBDFJ51_MIOLO.indd 259 13/02/2025 10:04:44

La responsabilidad civil en el entorno digital ha evolucionado significativamente, planteando desafíos que requieren una reinterpretación de conceptos jurídicos fundamentales. La teoría del riesgo, que sostiene que quien genera un riesgo debe asumir las consecuencias de su actividad, adquiere una relevancia particular en el ámbito de las plataformas digitales. Estas entidades, al manejar grandes volúmenes de datos personales y utilizar algoritmos sofisticados, generan inherentemente riesgos que pueden afectar los derechos de los usuarios. En este contexto, las plataformas digitales no pueden ser consideradas simplemente como intermediarias pasivas. Su papel activo en la gestión y procesamiento de información las convierte en sujetos que deben asumir una responsabilidad proporcional al control que ejercen. La gestión masiva de datos y el uso de algoritmos opacos pueden dar lugar a situaciones perjudiciales, como vulneraciones a la privacidad, discriminación algorítmica o manipulación de información, que, aunque derivan de actividades lícitas, son intrínsecamente riesgosas.

La teoría de la causalidad enfrenta retos particulares en el entorno digital. Establecer una relación directa y comprobable entre la conducta de una plataforma y el daño sufrido por un usuario es complejo debido a la interconexión y opacidad de las tecnologías digitales. Los efectos de las acciones de una plataforma pueden ser indirectos y acumulativos, lo que dificulta la aplicación de los criterios tradicionales de imputación de responsabilidad. En respuesta a estas complejidades, la reforma del Código Civil brasileño representa un avance significativo.

Rosenvald sugiere que este enfoque complementa la responsabilidad objetiva al permitir un análisis más matizado y detallado de las conductas de las plataformas. El autor también integra teorías clásicas del derecho, adaptándolas a las realidades digitales. La teoría del riesgo aplicada al entorno digital implica que las plataformas que operan con datos personales y algoritmos complejos deben ser responsables por los riesgos inherentes a su actividad. La teoría de la causalidad es crucial para establecer cómo las acciones de una plataforma, como la implementación de un algoritmo o la gestión de datos, pueden causar daño a los usuarios. La teoría de la culpa, basada en la conducta negligente o imprudente que causa daño, sigue siendo relevante, pero la complejidad de las tecnologías y la dificultad de probar negligencia directa requieren un enfoque complementario con la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva se basa en el principio de que el autor del daño debe responder independientemente de la existencia de culpa. En el contexto digital, esto puede aplicarse a las plataformas que, debido a su posición y capacidad, tienen el deber de garantizar la seguridad y privacidad de los datos personales que manejan. La responsabilidad subjetiva, por otro lado, requiere la demostración de culpa o negligencia por parte del autor del daño. En el ámbito

RBDFJ51_MIOLO.indd 260 13/02/2025 10:04:44

digital, esto podría implicar la necesidad de probar que una plataforma actuó de manera negligente al no implementar medidas de seguridad adecuadas o al no responder de manera adecuada a una violación de datos (Rosenvald, 2021). En el contexto brasileño, la propuesta de reforma del Código Civil aborda la responsabilidad civil en el entorno digital, con énfasis en la protección de los derechos de los usuarios y la transparencia de las plataformas digitales. Las reformas propuestas incluyen varios aspectos clave que buscan modernizar el marco legal existente para enfrentar los desafíos de la era digital.

La reforma propone integrar enfoques de responsabilidad objetiva y subjetiva. La responsabilidad objetiva implica que las plataformas digitales sean responsables por los daños causados independientemente de la existencia de culpa. Este principio es esencial en contextos donde el control sobre la información y los datos personales está en manos de las plataformas. La responsabilidad subjetiva, por otro lado, requiere la demostración de culpa o negligencia por parte del autor del daño. La incorporación del Livro de Direito Digital en el Código Civil brasileño transforma de manera estructural la forma en que el derecho privado aborda las dinámicas del entorno digital. A través de disposiciones clave como los artículos 186 y 927, la reforma introduce un marco que redefine la ilicitud y fortalece la responsabilidad objetiva para adaptarlas a los desafíos tecnológicos contemporáneos. Sin embargo, estas innovaciones normativas también generan tensiones prácticas y teóricas que evidencian tanto sus alcances como sus limitaciones.

El artículo 186 amplía el concepto de ilicitud al incluir actividades lícitas que generan riesgos significativos susceptibles de materializarse en daños. Este planteamiento regula fenómenos como la gestión masiva de datos personales y el uso de algoritmos, que tradicionalmente escapaban al control jurídico directo. Si bien esta ampliación busca imponer un deber de cuidado reforzado sobre las plataformas digitales, la falta de directrices específicas genera incertidumbre sobre los límites de esta obligación y la forma en que debe implementarse en la práctica. Los operadores tecnológicos enfrentan así la dificultad de anticipar cuáles de sus prácticas pueden ser consideradas riesgosas, mientras que los usuarios quedan sujetos a la interpretación judicial para garantizar su protección.

Por su parte, el artículo 927 intensifica este cambio al desvincular la responsabilidad objetiva de previsiones legales concretas, otorgando a los jueces una discrecionalidad que puede ser tanto una fortaleza como una fuente de inseguridad jurídica. La posibilidad de criterios heterogéneos en la evaluación de riesgos y daños complica la previsibilidad del sistema, especialmente en un ámbito transnacional y tecnológicamente complejo, donde ya es difícil identificar relaciones causales claras. Esta flexibilidad judicial, si bien esencial para adaptarse a la naturaleza dinámica de la tecnología, requiere un desarrollo doctrinal sólido que garantice consistencia en su aplicación.

RBDFJ51_MIOLO.indd 261 13/02/2025 10:04:44

En el plano patrimonial, el artículo 83 introduce la categoría de bienes digitales, calificándolos como bienes muebles. Esto permite su protección jurídica y regulación económica, reconociendo su creciente relevancia en el entorno digital. Sin embargo, esta normativización plantea desafíos no resueltos, como la gestión de estos bienes en contextos de insolvencia o sucesión, y la delimitación de derechos sobre datos producidos colectivamente en plataformas. La protección de la identidad digital también ocupa un lugar destacado en la reforma. Los artículos 16 y 17 prohíben la apropiación indebida de pseudónimos, avatares y otros identificadores digitales, estableciendo un marco que protege tanto la autonomía personal como la integridad de la personalidad digital. No obstante, la eficacia de estas disposiciones es cuestionable en contextos transnacionales, donde la jurisdicción brasileña puede ser limitada frente a plataformas globales.

Por otro lado, la regulación de algoritmos y decisiones automatizadas busca promover la transparencia y explicabilidad. Sin embargo, estas obligaciones enfrentan el problema de la opacidad tecnológica, donde la complejidad de los sistemas puede hacer inviable proporcionar explicaciones claras. Este vacío normativo pone en duda la efectividad real de las disposiciones y su capacidad para mitigar sesgos o arbitrariedades. La consagración de la neutralidad de la red y el acceso equitativo como principios rectores subraya la intención de garantizar un entorno digital justo. No obstante, en un mercado digital concentrado, estas medidas dependen de una capacidad de supervisión estatal que, actualmente, no parece suficiente para garantizar su cumplimiento efectivo. Este desbalance amenaza con convertir estas disposiciones en declaraciones de intención más que en normas aplicables.

Se propone que las plataformas digitales realicen auditorías regulares de sus sistemas y políticas de manejo de datos. Estas auditorías deben ser llevadas a cabo por entidades independientes para garantizar su imparcialidad. Las plataformas deben ser transparentes en sus operaciones, informando a los usuarios sobre el uso de sus datos y permitiendo que cuestionen y revisen las decisiones automatizadas que les afectan. Esto incluye la obligación de proporcionar informes periódicos sobre las prácticas de privacidad y seguridad, así como la divulgación de incidentes de seguridad y medidas correctivas adoptadas. La reforma incluye también la implementación de programas de educación y concienciación sobre la privacidad de los datos y la seguridad digital. Estos programas deben ser accesibles para todos los usuarios y proporcionar información clara sobre cómo proteger sus datos personales y ejercer sus derechos en el entorno digital. Además, se sugiere la colaboración con instituciones educativas y organizaciones de la sociedad civil para desarrollar materiales educativos y campañas de sensibilización.

RBDFJ51_MIOLO.indd 262 13/02/2025 10:04:44

Para garantizar el cumplimiento de las nuevas regulaciones, la reforma propone la imposición de sanciones efectivas para las plataformas que no cumplan con los requisitos establecidos. Las sanciones deben ser proporcionales a la gravedad de la infracción y servir como un disuasivo para futuras violaciones. Se recomienda un sistema de multas escalonadas basado en la naturaleza y el alcance de la infracción, así como la posibilidad de imponer medidas correctivas obligatorias y restricciones temporales en las operaciones de la plataforma.

Se propone la creación de procedimientos claros y accesibles para que los usuarios puedan reclamar indemnizaciones y reparaciones cuando sus derechos sean vulnerados. Esto incluye la posibilidad de impugnar decisiones automatizadas y recibir explicaciones detalladas sobre el uso de sus datos. Los procedimientos deben ser diseñados para ser eficientes y accesibles, proporcionando mecanismos de resolución de disputas en línea y la asistencia de defensores de derechos digitales. La reforma destaca la necesidad de un sistema judicial adaptado a los desafíos del entorno digital, con jueces especializados en tecnología y derechos digitales. Estos jueces deben recibir capacitación continua para mantenerse al día con los avances tecnológicos y sus implicaciones legales. Además, se propone la creación de tribunales especializados en disputas digitales para manejar casos complejos relacionados con la privacidad de los datos y la seguridad digital.

La propuesta de reforma del Código Civil brasileño mediante la introducción de un *Livro de Direito Digital* plantea importantes retos conceptuales y normativos que si bien demuestran la intención de modernizar el Código para abordar las complejidades del entorno digital es encomiable, diversos especialistas han destacado problemas estructurales que no solo limitan su eficacia normativa, sino que también introducen riesgos significativos para la coherencia del ordenamiento jurídico. Una crítica importante fue, desarrollada por Sthefano Bruno Santos Divino y Thaís Fernanda Tenório Sêco en el artículo "Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na Reforma do Código Civil" (Divino & Sêco, 2024), se destaca la problemática innecesaria y redundante inclusión de términos como "digital" y "virtual" en varias disposiciones. Este enfoque genera un problema interpretativo grave al inducir a interpretaciones a contrario sensu, sugiriendo que las normas que no mencionan expresamente lo digital no serían aplicables a dicho ámbito, además de dobletear leyes, generando una cacofonía innecesaria en esta todavía insuficiente construcción.

Un ejemplo paradigmático es la modificación del artículo 319 del Código, que establece que el derecho a la quita puede ejercerse "aún por meio digital". Si bien la disposición parece ampliar el alcance del derecho, en realidad corre el riesgo de restringirlo, al insinuar que los medios de pago no digitales requieren un tratamiento normativo diferente, rompiendo así con la unidad conceptual

RBDFJ51_MIOLO.indd 263 13/02/2025 10:04:44

del Derecho Civil. Este tipo de formulaciones contraviene el principio clásico de interpretación según el cual *in claris non fit interpretatio* y socava la sistematicidad del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la introducción de principios como "auditabilidade", "rastreabilidade" y "explicabilidade", tomados directamente de las ciencias de la computación, evidencia un desconocimiento del proceso legislativo y de las exigencias propias del Derecho. Aunque estos términos reflejan valores relevantes en el diseño de sistemas digitales, su mera inclusión en el texto normativo, sin un desarrollo específico que regule su alcance, procedimientos de implementación y consecuencias jurídicas, los convierte en disposiciones de carácter meramente programático. Las autoras para justificar retoman la teoría del Derecho propuesta por Robert Alexy (2002) autor que señala que los principios actúan como mandatos de optimización que exigen concreción normativa para ser aplicables. En ausencia de esta concreción, estos principios quedan desprovistos de operatividad, lo que se traduce en una vulneración del principio de seguridad jurídica, al delegar en los operadores del derecho una carga interpretativa excesiva que podría generar decisiones arbitrarias o contradictorias.

La fragmentación normativa es otro punto crítico señalado por los especialistas. Muchas de las materias propuestas en el *Livro de Direito Digital* ya están reguladas de manera exhaustiva por normativas específicas, como el Marco Civil da Internet (Ley nº 12.965/2014) o la Lei Geral de Proteção de Dados (Ley nº 13.709/2018). Por ejemplo, los contratos digitales, materia tradicional del Título de Contratos, ya encuentran regulación suficiente en el artículo 422 del Código Civil, que establece el deber de buena fe objetiva en las relaciones contractuales, sin necesidad de una duplicidad normativa que, lejos de aclarar, genera redundancias.

Similarmente, temas como la herencia digital deben integrarse dentro del Derecho de Sucesiones, donde el artículo 1.784 ya regula la transmisión de derechos patrimoniales tras el fallecimiento, y no requieren una sección autónoma que rompa con la lógica estructural del Código. La creación de un libro separado introduce una "Parte Geral paralela" que ignora los principios organizativos de sistematicidad defendidos por juristas como José Carlos Moreira Alves, quien enfatizó que las reformas deben respetar la lógica interna del Código, manteniendo los principios generales en la *Parte Geral* y distribuyendo las materias específicas en los libros correspondientes. Además, la propuesta recurre a terminología técnicamente inexacta, como el concepto de "situação jurídica digital", que se utiliza de manera imprecisa como sinónimo de "fato jurídico".

En el lenguaje técnico del Derecho Civil, una situación jurídica designa la posición subjetiva de un individuo en una relación jurídica, como los derechos

RBDFJ51_MIOLO.indd 264 13/02/2025 10:04:45

subjetivos, deberes jurídicos o facultades. Confundir este concepto con el de hecho jurídico revela una falta de rigor terminológico que no solo dificulta la comprensión del texto, sino que también compromete su legitimidad. Este tipo de imprecisiones normativas contraviene principios básicos de técnica legislativa, como la claridad y precisión, previstos en el artículo 11 de la Ley Complementaria n.º 95/1998, que regula la elaboración, redacción y modificación de leyes en Brasil. El problema de fondo que emerge de estas críticas es que para las autoras la propuesta parece estar guiada más por un ímpetu performativo que por un análisis riguroso de las necesidades y desafíos del entorno digital. En lugar de integrar las particularidades del ámbito digital en el tejido normativo del Derecho Civil, la reforma crea una separación artificial que refuerza la percepción de lo digital como un ámbito autónomo y desconectado del sistema jurídico.

Estas críticas hacen con que sea importante entender a detalle la necesidad de un libro de lo digital en un sistema que plantea establecer un nuevo rol para el entorno digital, forneciendo una nueva gramática, donde no basta con replicar términos o principios de manera superficial, es necesario adoptar un enfoque legislativo que respete los valores fundamentales del Derecho Civil y que, al mismo tiempo, incorpore las especificidades técnicas del ámbito digital mediante normas claras, coherentes y operativas. Solo así será posible construir un marco jurídico que combine la flexibilidad necesaria para adaptarse a las transformaciones tecnológicas con la solidez requerida para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.

Consideraciones finales – Responsabilidad Civil y Constitucionalismo Digital: convergencia de enfoques

A lo largo del documento, hemos explorado cómo la evolución de las plataformas digitales y la centralización del poder en manos de unas pocas corporaciones tecnológicas han planteado nuevos desafíos constitucionales y de responsabilidad civil que requieren una respuesta adecuada y urgente. La reforma del Código Civil brasileño y la propuesta de crear un libro autónomo de Derecho Civil Digital son intentos significativos de actualizar el marco legal para enfrentar estas nuevas realidades tecnológicas. Sin embargo, esta propuesta, aunque ambiciosa, corre el riesgo de separar artificialmente lo digital de lo material, creando una normativa que podría resultar insuficiente para abordar los problemas contemporáneos de manera efectiva. La integración de las reglas sobre derecho digital en todo el Código Civil podría ser más representativa de la interconexión entre las actividades digitales y

RBDFJ51_MIOLO.indd 265 13/02/2025 10:04:45

presenciales en la vida cotidiana, proporcionando una base más sólida y coherente para la regulación de las actividades digitales.

La responsabilidad civil en el entorno digital ha experimentado transformaciones reflejando la necesidad de un marco legal más amplio y contextualizado que responda a las nuevas tecnologías y las dinámicas de regulación. La teoría de la culpa, la teoría del riesgo y la teoría de la causalidad, fundamentos tradicionales de la responsabilidad civil, deben ser reinterpretadas en el contexto digital para garantizar una protección efectiva de los derechos de los usuarios. Las plataformas digitales, al gestionar grandes volúmenes de información personal y tener un control significativo sobre los datos, crean un entorno de riesgo que puede resultar en daños a los usuarios. La responsabilidad civil en el entorno digital debe incluir tanto principios objetivos como subjetivos para abordar la complejidad del entorno digital.

Nelson Rosenvald ha sido una voz destacada en la discusión sobre la responsabilidad civil en el entorno digital. Su propuesta sugiere la necesidad de ir más allá de la tríada clásica de *liability*, *accountability* y *answerability*, integrando enfoques de responsabilidad objetiva y subjetiva. La responsabilidad objetiva implica que las plataformas digitales sean responsables por los daños causados independientemente de la existencia de culpa, dado su control sobre la información y los datos personales. La responsabilidad subjetiva, por otro lado, requiere la demostración de negligencia por parte del autor del daño, permitiendo un análisis más detallado de la conducta de las plataformas. Este enfoque complementa la responsabilidad objetiva al permitir un análisis más matizado y detallado de las conductas de las plataformas, responsabilizándolas por sus decisiones y acciones específicas.

El caso de Facebook y el uso indebido de datos personales en el escándalo de Cambridge Analytica subraya la necesidad de una regulación que asegure que las plataformas sean responsables por la protección de los datos de los usuarios y por las consecuencias de su uso. La falta de una regulación adecuada permitió que los datos de millones de usuarios fueran explotados sin su consentimiento explícito, afectando procesos electorales y la privacidad de los individuos. Este ejemplo destaca la urgencia de implementar auditorías regulares, mecanismos de transparencia y una mayor educación y concienciación sobre la privacidad de los datos.

El caso de la moderación de contenido en Twitter y Facebook, donde las decisiones automatizadas y las políticas de contenido han llevado a acusaciones de censura y sesgo, subraya la importancia de una regulación que proteja la libertad de expresión y asegure que las decisiones de moderación sean transparentes, justas y no discriminatorias. Estas plataformas no deben ser consideradas meramente como intermediarios pasivos, sino como actores con poder significativo que deben ser responsables de proteger los derechos fundamentales de los usuarios. América Latina enfrenta desafíos únicos en la regulación del entorno digital. La región debe

RBDFJ51_MIOLO.indd 266 13/02/2025 10:04:45

trabajar de manera conjunta para establecer normas comunes que protejan los derechos digitales y promuevan una gobernanza de internet justa y equitativa.

La creación de tribunales especializados en temas digitales, la formación de alianzas regionales para la protección de datos y la promoción de la educación digital para empoderar a los ciudadanos son pasos esenciales. El Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea ofrece un modelo que América Latina podría adaptar. Este marco robusto para la protección de datos impone sanciones significativas a las empresas que no cumplen con las normativas y asegura los derechos de los individuos sobre sus datos personales. América Latina podría beneficiarse de un enfoque similar, adaptado a sus contextos y necesidades específicas.

La convergencia entre responsabilidad civil y constitucionalismo digital no es solo una cuestión teórica, sino una necesidad práctica y urgente en nuestra sociedad contemporánea. La responsabilidad civil debe evolucionar para integrar principios tanto objetivos como subjetivos, asegurando que las plataformas digitales sean verdaderamente responsables de sus acciones y decisiones. El constitucionalismo digital, por su parte, debe adaptar y aplicar los principios constitucionales con rigurosidad en el entorno digital, protegiendo los derechos fundamentales de las personas.

La implementación de una regulación inspirada en grandes sistemas como el GDPR, y la adopción de estándares internacionales, fortalecerán la capacidad de los países para enfrentar los desafíos comunes en el entorno digital. La gobernanza digital en América Latina debe promover la justicia, la equidad y la protección de los derechos humanos. La cooperación regional y la adopción de estándares internacionales fortalecerán la capacidad de los países para enfrentar los desafíos comunes en el entorno digital, promoviendo una gobernanza digital que beneficie a todos y asegure una sociedad más justa, equitativa y respetuosa de los derechos humanos en la era digital.

La implementación de tutelas colectivas y responsabilidades objetivas en la legislación digital es fundamental para proteger los derechos de los usuarios de manera efectiva. Las tutelas colectivas permiten a los individuos agruparse y presentar demandas colectivas contra plataformas que violen sus derechos, proporcionando un mecanismo de defensa más fuerte y cohesivo. Las responsabilidades objetivas, por su parte, aseguran que las plataformas sean responsables de los daños causados independientemente de la existencia de culpa, lo cual es crucial en un entorno donde las tecnologías y los datos pueden ser utilizados de manera compleja y opaca.

Sin embargo, el escepticismo respecto a la efectividad del constitucionalismo digital debe mantenerse. La separación de lo digital y lo materializado puede llevar

RBDFJ51_MIOLO.indd 267 13/02/2025 10:04:45

a normativas ineficaces. Es crucial que se desarrolle una hermenéutica propia, adaptada a las particularidades del contexto latinoamericano. La regulación debe ir más allá de la simple adopción de modelos externos y considerar las especificidades culturales, económicas y sociales de la región.

La construcción de una gobernanza digital que ponga al ser humano en el centro del desarrollo tecnológico es un imperativo ético y político de nuestra época. La convergencia entre responsabilidad civil y constitucionalismo digital es crucial para garantizar que el progreso tecnológico se alinee con la protección y promoción de los derechos humanos.

La adaptación de estos principios a las realidades del entorno digital asegurará una sociedad más justa, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales en la era digital. La cooperación regional y la adopción de estándares internacionales fortalecerán la capacidad de los países para enfrentar los desafíos comunes en el entorno digital, promoviendo una gobernanza digital que beneficie a todos y asegure una sociedad más justa, equitativa y respetuosa de los derechos humanos en la era digital.

En última instancia, el reto reside en asegurar que la revolución tecnológica se realice en beneficio de todos y no solo de una minoría privilegiada. Esto requiere un enfoque crítico y contextualizado, que reconozca las limitaciones del constitucionalismo digital y busque soluciones integradoras y adaptadas a las necesidades y realidades específicas de América Latina. Solo a través de una regulación efectiva, una gobernanza justa y una adaptación continua de los principios jurídicos a las realidades digitales se podrá garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales en el entorno digital.

Digital Constitutionalism and Civil Liability: A New Grammar for the Protection of Rights on Digital Platforms

Abstract: The article examines the legal transformations resulting from the growing power of digital platforms, which act as normative agents reconfiguring fundamental rights and transforming social, economic, and political relationships in a globalized ecosystem. It explores the need to develop a new legal grammar that integrates the principles of constitutional law with innovative normative responses to address the ethical and social challenges of the digital environment. The proposal is to effectively articulate the interaction between civil liability— both objective and subjective— and the values underlying fundamental rights, ensuring their protection against private actors and the systemic externalities of platforms. Additionally, it analyzes how classical legal tools coexist and transform through new normative mechanisms driven by transnational dynamics, reflecting the tension between state sovereignty and global governance. That this new legal grammar must respond not only to immediate normative challenges but also promote a broader conceptual reconfiguration that balances technological innovation with social justice and human dignity in the digital ecosystem.

Keywords: Civil Liability. Digital Constitutionalism. Internet Governance. Fundamental Rights. Digital Platforms. Regulation. Horizontal Effectiveness of Rights. Personal Data Protection. Transparency.

RBDFJ51_MIOLO.indd 268 13/02/2025 10:04:45

Summary: Introduction – Chapter 1: Does Digital Constitutionalism Exist? – Chapter 2: Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights – Chapter 3: The Reform of the Civil Code and the Liability of Platforms – Final Considerations: Civil Liability and Digital Constitutionalism: Convergence of Approaches – Bibliography

Bibliografia

Alexy, R. (2002). *A theory of constitutional rights*. Oxford University Press.

Balkin, J. M. (2014). Old-school/new-school speech regulation. *Harvard Law Review*, 127(8), 2296–2342.

Balkin, J. M. (2018). Free speech in the algorithmic society: Big data, private governance, and new school speech regulation. *UC Davis Law Review*, 51(3), 1149-1210.

Bassini, M. (2019). Fundamental rights and private enforcement in the digital age. *European Law Journal*, 25(2), 182–197. https://doi.org/10.1111/eulj.12297.

Bernal, P. (2014). *Internet privacy rights: Rights to protect autonomy*. Cambridge University Press.

Brasil. (2014). Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

Bundesverfassungsgericht. (1983). *Census Act decision* (BVerfGE 65, 1).

Celeste, E. (2019a). Digital constitutionalism: A new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, 33(1), 76-99. https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604.

Celeste, E. (2019b). Digital constitutionalism: Mapping the constitutional response to digital technology's challenges. *Legal Studies*, 39(1), 15–42. https://doi.org/10.1017/lst.2018.15

Celeste, E. (2020). *Constitutionalising the digital*. Cambridge University Press.

Celeste, E., & da Silva Santarém, P. R. (2022). Constitucionalismo digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 15(45), 63–91. https://doi.org/10.30899/dfj.v15i45.1219.

Cohen, J. E. (2012). *Configuring the networked self: Law, code, and the play of everyday practice*. Yale University Press.

Comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do código civil. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil* (Ato do Presidente do Senado Federal nº 11/2023). Brasília: Senado Federal, 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf.

De Blasio, E., & Heldt, A. (2020). From totalitarianism to democratic constitutionalism: The emergence of the constitutional approach to digital media regulation in Europe. *Journal of Information Policy*, 10, 104-128. https://doi.org/10.5325/jinfopoli.10.2020.0104.

De Gregorio, G. (2020a). *Digital constitutionalism in Europe: Reframing rights and powers in the algorithmic age*. Cambridge University Press.

De Gregorio, G. (2020b). Digital constitutionalism: The role of the internet in shaping constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, 18(1), 130-153. https://doi.org/10.1093/icon/moaa003.

Divino, S. B. S., & Sêco, T. F. T. (2024). Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na reforma do Código Civil. *Boletim IDiP-IEC*. https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxvii/.

RBDFJ51_MIOLO.indd 269 13/02/2025 10:04:45

Floridi, L. (2021). *The green and the blue: Naïve ideas to improve politics and everyday life*. Polity Press.

Gillespie, T. (2018). *Custodians of the internet: Platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*. Yale University Press.

Golia, J. (2021). Digital constitutionalism: Fundamental rights and power in the age of platforms. *International Journal of Constitutional Law*, 19(1), 236-246. https://doi.org/10.1093/icon/moab008.

Gradoni, L. (2021). The Facebook Oversight Board: A meta-exercise in mega-constitutionalism. *European Journal of International Law*, 32(3), 879-899. https://doi.org/10.1093/ejil/chab066.

Keller, D., & Leerssen, P. (2020). Facts and where to find them: Empirical research on internet platforms and content moderation. En N. Persily & J. Tucker (Eds.), *Social media and democracy: The state of the field, prospects for reform* (pp. 220–251). Cambridge University Press.

Kingsbury, B., & Donaldson, M. (2011). Global administrative law. En J. L. Dunoff & M. A. Pollack (Eds.), *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations: The state of the art* (pp. [páginas]). Cambridge University Press.

Magalhães Martins, G., & Rosenvald, N. (2020). *Responsabilidade civil e novas tecnologias* (1ª ed.). Migalhas.

Mayer-Schönberger, V., & Cukier, K. (2013). *Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think*. Houghton Mifflin Harcourt.

Mendes, G. (2019). A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contexto digital. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 12(2), 45-67.

Mendes, G. (2020). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Saraiva.

Mueller, M. (2010). *Networks and states: The global politics of internet governance*. MIT Press.

Ovide, S. (2021, 5 de mayo). Facebook's supreme court. *The New York Times*. https://www.nytimes.com/2021/05/05/technology/facebook-trump-ban-oversight-board.html.

Pereira, C. R. G., & Keller, P. I. (2022). Constitutionalism in the digital era: A critical approach. *Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 10(2), 2648-2689.

Pollicino, O. (2020). Constitutional adjudication and digital transformation: Towards a new constitutional paradigm? *German Law Journal*, 21(4), 564-589. https://doi.org/10.1017/glj.2020.33.

Pollicino, O., & De Gregorio, G. (2021). Judicial protection of fundamental rights on the internet: A road towards digital constitutionalism? *International Journal of Law and Information Technology*, 30(4), 507–527. https://doi.org/10.1093/ijlit/eaa023.

Rosenvald, N. (2021a). Responsabilidade civil no ambiente digital: Desafios e propostas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 14(3), 34-56.

Rosenvald, N. (2021b). Teoria do risco e responsabilidade civil digital. *Direito e Tecnologia*, 7(1), 22-40.

Rosenvald, N. (2021c). Um possível conceito de responsabilidade civil. *Revista IBERC*, 1(1), 1-4.

Santarém, P. R. da S., & Celeste, E. (2021). Digital constitutionalism: A new systematic theoretical approach. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, 13(1), 1-29.

Senado Federal. (2024, abril 10). *Código Civil: conheça as propostas de juristas para modernizar a legislação*. Senado Federal. https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2024/04/codigo-civil-conheca-as-propostas-de-juristas-para-modernizar-a-legislacao.

Smith, G. (2019a). *Internet law and regulation* (5th ed.). Sweet & Maxwell.

RBDFJ51_MIOLO.indd 270 13/02/2025 10:04:45

Smith, G. (2019b). The impact of digital technologies on law: Reframing rights and responsibilities in an era of transformation. *Journal of Digital Law*, 15(2), 85-102.

Solove, D. J. (2004). *The digital person: Technology and privacy in the information age*. NYU Press.

Suzor, N. (2010). *Digital constitutionalism and the role of the rule of law in the governance of virtual communities* (Tesis doctoral). Queensland University of Technology. Recuperado de https://eprints.qut.edu.au/37636/.

Suzor, N. (2016). The responsibilities of platforms: A new constitutionalism to promote the legitimacy of decentralized governance. En *Association of Internet Researchers Annual Conference* (AoIR 2016), Berlín, Alemania. Recuperado de http://eprints.qut.edu.au/101953/.

Suzor, N. (2018). Digital constitutionalism: Using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Social Media + Society*, 4(3), 1-11. https://doi.org/10.1177/2056305118787812.

Trottier, D. (2016). *Social media as surveillance: Rethinking visibility in a converging world*. Routledge.

Wachter, S., & Mittelstadt, B. (2019). A right to reasonable inferences: Re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, 2019(2), 494-528.

Yeung, K. (2018). Algorithmic regulation: A critical interrogation. *Regulation & Governance*, 12(4), 505–523. https://doi.org/10.1111/rego.12158.

Yilma, K. M. (2017). Digital constitutionalism: A basic or empty promise? *International Journal of Law and Information Technology*, 25(3), 225–247. https://doi.org/10.1093/ijlit/eax008.

Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. PublicAffairs.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Rodrigo Ardissom de. Constitucionalismo digital y responsabilidad civil: Una nueva gramática para la protección de derechos en las plataformas digitales. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 241-271, jul./dez. 2024.

Recebido em: 06.08.2024
Pareceres: 02.10.2024, 09.10.2024, 16.10.2024
Aprovado em: 16.10.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 271 13/02/2025 10:04:45

RBDFJ51_MIOLO.indd 272 13/02/2025 10:04:45

Seção Temática Especial CPDP LatAm

Doutrina Nacional

RBDFJ51_MIOLO.indd 273 13/02/2025 10:01:15

RBDFJ51_MIOLO.indd 274 13/02/2025 10:04:45

CÂMERAS CORPORAIS E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA FINALIDADE EM EDITAIS DE CONTRATAÇÃO PELAS POLÍCIAS MILITARES NO BRASIL

Horrara Moreira*

Advogada e educadora popular. Mestranda em Direito da regulação pela Fundação Getulio Vargas.

Pedro Saliba**

Advogado e Sociólogo. Doutorando em Direito na PUC-Rio. Mestre em Sociologia e Antropologia (PPGSA/UFRJ). Membro do Núcleo Legalité. Coordenador de projetos na Data Privacy Brasil. *E-mail*: saliba.pedro@gmail.com.

Rafael Zanatta***

Pesquisador de Pós-Doutorado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, da Faculdade de Direito da USP. Doutor pelo Instituto de Energia e Ambiente da USP, com período de formação no Instituto do Direito da Informação, da Universidade de Amsterdam. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito e Economia Política pela Universidade de Turim. Bacharel pela Universidade Estadual de Maringá. Diretor da Data Privacy Brasil.

Resumo: O artigo busca analisar como a aplicação de câmeras corporais no Brasil sob a ótica da proteção de dados pessoais. Apesar de ser uma exceção de aplicabilidade à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o tratamento na segurança pública deve respeitas os princípios e fundamentos da legislação, especialmente diante da proteção de dados enquanto um direito constitucionalmente garantido (art. 5º, LXXIX). Com o recorte definido em Polícias Militares de sete estados brasileiros, a pesquisa analisa de forma empírica se as finalidades do tratamento de dados estão adequadas aos editais, termos de referência e portarias das políticas públicas. A partir de um conceito expansionista de dados

* Community lawyer and popular educator, pursuing a master degree in Regulation Law at Fundação Getulio Vargas.

** Lawyer and sociologist. PhD Candidate in Law (PUC-Rio). Master's degree in Sociology and Anthropology (PPGSA/UFRJ). Researcher at Núcleo Legalité. Project coordinator at Data Privacy Brasil. E-mail: saliba.pedro@gmail.com.

*** Postdoctoral researcher at the Department of Philosophy and General Theory of Law, University of São Paulo Law School. Holds a PhD from USP's Institute of Energy and Environment, with a research period at the Institute for Information Law, University of Amsterdam. Master of Laws from USP Law School and Master in Law and Political Economy from the University of Turin. Bachelor of Laws from the State University of Maringá. Director of Data Privacy Brasil.

RBDFJ51_MIOLO.indd 275 13/02/2025 10:04:45

pessoais (Bioni, 2021), a análise busca entender de que forma a proteção de dados afeta medidas de transparência e vigilância (Vituri, 2018), assimetria informacional (Wimmer, 2021) e governança de dados na segurança pública (Nunes *et al.*, 2022), apontando caminhos para avançar no debate de novas tecnologias, segurança pública e salvaguardas a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Segurança pública. Vigilância. Proteção de dados pessoais. Câmeras corporais. Polícia Militar.

Sumário: **1** Introdução – **2** Metodologia – **3** Discussão dos dados analisados – **4** Finalidades e usos primários no tratamento de dados pessoais de câmeras corporais – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A aplicação das câmeras corporais como ferramenta de controle da letalidade policial está em destaque na agenda da segurança pública no Brasil e no mundo, com ao menos 25 países utilizando a tecnologia atualmente (Folha de São Paulo, 2024). A partir de 1980 a polícia dos Estados Unidos passou a utilizar câmeras em suas operações, especialmente com o apelo da associação "Mães Contra Motoristas Bêbados" nos Estados Unidos, com o objetivo de produzir provas durante a abordagem a motoristas e, em 1990, a política se estendeu à política de combate às drogas (Junior, 2014, p. 5 *apud* Campos; Silva, 2015, p. 236).

A experiência da câmera acoplada à viatura e o avanço da utilização e integração de sistemas de videomonitoramento culminou na utilização da câmera no uniforme do agente de segurança. As *body worn cameras* (BWC) começaram a ser utilizadas nos Estados Unidos (EUA) e na Inglaterra entre 2010 e 2011, ganhando expressividade como ferramenta de controle da atividade policial, aliada à proteção de direitos civis a partir de 2014 após a morte de Eric Garner e Michael Brown em Nova York e Ferguson (Santos, 2023). Segundo Vituri (2018), a adoção das câmeras corporais se deu em um contexto de maior disponibilidade de registros audiovisuais pela população, de modo que as polícias passaram a utilizar a tecnologia para oferecer suas narrativas institucionais.

Os registros de estudos e discussões sobre o uso e regulamentação das câmeras corporais nesses dois países datam a partir de 2012, na troca de experiências através de grupos como o *Body Worn Video Steering Group*,[1] que lançou

[1] BODY WORN VIDEO STEERING GROUP. The Body Worn Video Steering Group guide to implementing a large scale Body Worn Video programme. Setembro 2023. Disponível em: https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/bwc/pdfs/bwvsg-guide-for-large-scale-bwv-programme-draft-sep-2013.pdf. Acesso em: 3 ago. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 276 13/02/2025 10:04:45

um guia de implementação de programas de monitoramento em larga escala (Silva; Jardel, 2025).

No Brasil, o registro de testes e estudos para implementação das câmeras corporais data de 2012, pela polícia militar do Distrito Federal em intercâmbio com os EUA (Cipriano, 2012). Desde então, mais de 30 mil câmeras passaram a ser usadas por agentes das forças de segurança para gravar ações e proteger tanto os cidadãos quanto os próprios policiais, segundo levantamento realizado pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública (MJSP) (Abdala, 2023).

No país, dois marcos são importantes nas discussões a respeito da racionalidade da utilização das câmeras corporais como ferramentas aplicável a políticas públicas: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635[2] e o programa Olho Vivo da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP).

Ajuizada em novembro de 2019, a ADPF 635 tem como objeto o pedido de reconhecimento da violação a preceitos fundamentais constitucionais em decorrência da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, e a apresentação de um plano de controle da violação aos direitos humanos e a redução da violência letal policial.

Em 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF), acolhendo parcialmente aos pedidos realizados pelos autores da ação, determinou que o Estado do Rio de Janeiro instalasse equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos por 180 dias.

O programa Olho Vivo, iniciado em 2020 pela PMESP, implementou o uso das câmeras corporais para os agentes da corporação como medida para minimizar a quantidade de mortes em confrontos. Após 2 anos de implementação das câmeras, uma pesquisa do Centro de Ciência Aplicada à Segurança Pública da Fundação Getulio Vargas demonstrou a redução de 57% das mortes nas áreas onde a tecnologia foi implementada pelo programa (Monteiro *et al.*, 2022).

Mais recentemente, o MJSP começou a promover discussões inerentes ao uso dessa tecnologia. O Projeto Nacional de Câmeras Corporais busca aprimorar processos organizacionais para "qualificar evidências criminais e proteger os policiais e os cidadãos em interações cotidianas" (Ministério da Justiça, 2023). Além de pesquisas, o programa também se dedica à construção da Diretriz Nacional sobre Câmeras Corporais, que, dentre seus objetivos, prevê "padronizar procedimentos de atuação dos profissionais de segurança pública quanto ao uso de câmeras

[2] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502. Acesso em: 28 mar. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 277 13/02/2025 10:04:45

corporais e gestão dos registros audiovisuais" (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024). Ainda assim, tais documentos não abarcam procedimentos necessários para protocolos adequados de acesso às imagens e governança de dados.

Um estudo realizado pela *Bureau of Justice Statistics* (BJS), agência do *National Institute of Justice* (NIJ) dos EUA, aponta que os órgãos de polícia adquiriram as câmeras "para melhorar a segurança dos oficiais, a qualidade das evidências, reduzir as reclamações civis e a responsabilidade das corporações" (Hyland, 2018, p. 3, tradução nossa). A sistematização das pesquisas a respeito dos mais de dez anos da experiência norte-americana pelo NIJ (2022) indicam resultados inconclusivos sobre a eficácia dos equipamentos e sinalizam a necessidade da construção de diretrizes para utilização e gestão dos dados gerados pelas câmeras corporais. Vituri (2018) aponta alguns obstáculos à transparência no uso dessas informações, como a falta de percepção da população sobre as gravações e noções de privacidade de policiais e pessoas abordadas.

Uma das justificativas é a utilização das câmeras corporais sem a estruturação de políticas públicas sistêmicas. Sem a regulamentação de procedimentos correlatos à gravação há o risco de violação de direitos e novas problemáticas:

> [...] no caso específico de St. Louis não foram previstas regras sobre obrigatoriedade de gravação de incidentes, nível de privacidade dos registros, medidas contra adulteração e destinação indevida das gravações, limitação temporal de armazenamento do material e restrições à integração com tecnologias invasivas de reconhecimento facial. Mais preocupante ainda, ressaltam, é a possibilidade de que os agentes de polícia assistam às imagens captadas antes de redigirem um relatório ou prestarem declaração, cenário que permitiria a construção de narrativas voltadas à mera corroboração dos registros audiovisuais captados. (Santos, 2023 p. 60)

O argumento é reforçado por Duque, afirmando que a implementação efetiva das câmeras corporais exige "uma série de processos e procedimentos que devem ser realizados, supervisionados e mantidos de forma contínua, sob pena do programa não atingir seus resultados e acabar tendo sua credibilidade prejudicada" (Duque, 2023, p. 2). Assim, mais do que a simples aquisição dos equipamentos, é preciso estruturar um plano de governança sobre os dados coletados por essas câmeras.

O presente trabalho busca realizar um panorama sobre o tratamento de dados pessoais pelas câmeras corporais quanto às finalidades primárias para o uso das informações coletadas, apontando ainda potenciais usos secundários, seus riscos e formas de mitigação de violação de direitos fundamentais, a fim de colaborar com a qualidade técnica da discussão e assim dar suporte a construção de

RBDFJ51_MIOLO.indd 278 13/02/2025 10:04:45

algo mais amplo. Para tanto, busca-se elementos empíricos a partir da análise das licitações, contratos e regulamentação das tecnologias para identificar as finalidades, os dados primários e secundários tratados através das câmeras corporais utilizadas pela polícia militar, segundo os aspectos legais acima especificados. O trabalho é dedicado à interseção entre proteção de dados pessoais e políticas de segurança pública, trazendo reflexões a partir da pesquisa empírica para os desafios regulatórios e de gestão de dados em dispositivos de imagem e som acoplados a agentes estatais.

O recorte foi estabelecido a partir dos estados que, em agosto de 2023, já haviam adotado essa tecnologia. Assim, foram selecionados os estados de Minas Gerais, Pará, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rondônia, Santa Catarina e São Paulo. Também foi avaliada a observância dos parâmetros de uso dos dados a partir de critérios e orientações legais aplicáveis à segurança pública.

2 Metodologia

O artigo busca analisar os usos primários para coleta e tratamento de dados pessoais em câmeras corporais no Brasil em Polícias Militares. Para isso, a coleta de dados foi realizada através de pedidos de acesso à informação (Lei de Acesso à Informação) e pesquisa em portais da transparência. Na presente seção expomos as definições conceituais que orientam o trabalho, assim como a metodologia utilizada para coleta e sistematização dos dados.

2.1 Definições

Câmeras corporais

Segundo definição proposta pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), câmeras corporais são definidas como "dispositivo portátil que capta registros audiovisuais das interações com o ambiente e com outras pessoas e que se acoplam nos uniformes dos profissionais, integrando o conjunto de equipamentos de proteção individual (EPI)" (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024b).

Para o recorte proposto, foram analisadas as aquisições e implementação de políticas referentes a câmeras conforme a definição acima disposta pela Senasp. Desta forma, não entraram no escopo câmeras de circuitos internos de televisão (CCTV) ou ferramentas como *drones*. A premissa de nossa definição é que o dispositivo precisa estar acoplado aos uniformes dos agentes de policiamento.

As câmeras corporais são responsáveis pela captação audiovisual, mas precisam de outros equipamentos para transmissão, armazenamento e gestão destas

RBDFJ51_MIOLO.indd 279 13/02/2025 10:04:45

imagens. Assim, analisamos também as *dock stations* e *softwares* de gestão. As *dock stations* são, segundo proposta de Norma Técnica da Senasp, "dispositivos projetado especificamente para carregar, gerenciar e transferir dados de câmeras corporais" (Ministério da Justiça, 2024b, p.4). *Software* de gestão, por sua vez, é definido como "plataforma de *software* responsável por monitorar, gerenciar e automatizar processos e tarefas em todos os níveis da solução, melhorando a eficiência e a tomada de decisões" (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2024b).

Segurança pública

Conforme a Constituição Federal (art. 144, *caput*), a segurança pública é um dever do Estado brasileiro, com objetivo de preservar a ordem pública e garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo exercido por diferentes órgãos da federação: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares, Corpo de Bombeiros Militares, Polícias Penais Federais, Estaduais e Distrital, além de Guardas Municipais.

Nesta pesquisa, a segurança pública está conceituada como o conjunto de ações que têm como premissa a garantia social prevista constitucionalmente, realizada através do combate a ações criminosas, previamente definidas no ordenamento jurídico brasileiro, vinculado à forma legal e estrutural do processo penal. Neste texto consideramos o conceito de segurança pública à luz da Constituição Federal e de seus valores, como feito por Lima, Bueno e Mingardi (2016).

Dados pessoais

A proteção de dados pessoais é um direito e garantia fundamental, estabelecida constitucionalmente (art. 5º, LXXIX), regulada pela Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.708/2018 (LGPD) – que define dado pessoal como "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (art. 5º, I). Doutrinariamente, a concepção do que será considerado dado pessoal em contextos fáticos, varia de acordo com a amplitude do conceito: reducionista ou expansionista.

Bioni (2021, p. 60), aponta que o conceito de dado pessoal e suas estratégias regulatórias possíveis são "algo fluido, que pode ser esclarecido a partir da dinâmica de conceitos básicos de sistemas de informação e banco de dados". No caso em tela, o funcionamento das câmeras corporais implica o tratamento de dados pessoais a partir da captura da imagem constituída por um conjunto de informações processadas informaticamente e armazenadas em sistemas de informação estruturados.

As informações criadas a partir das câmeras corporais pertencem a pessoas naturais, sejam os cidadãos ou os próprios agentes de segurança, e vão além da fotografia. Ou seja, não se trata de um recorte estático de uma fração do tempo

RBDFJ51_MIOLO.indd 280 13/02/2025 10:04:45

que capta uma simples imagem, mas sim uma complexa coleção de dados abarcando a data e horário da captura, o local, o equipamento, a vinculação institucional do aparelho ao agente de segurança, dentre outros.

As funcionalidades das câmeras corporais também vão influenciar no volume de dados processados e na capacidade de identificação da pessoa natural. Assim, a pesquisa acolheu a definição expansiva de dado pessoal, conforme a definição proposta por Bioni (2021): qualquer informação por vínculo mediato, indireto, impreciso e inexato, capaz de tornar identificável uma pessoa indeterminada.

No caso das câmeras corporais, o dispositivo é capaz de produzir e armazenar diversos tipos de dados pessoais, incluindo vídeos e imagens de alta definição que registram indivíduos, suas ações, expressões faciais e comportamentos. Também grava áudio, captando conversas e sons ambiente. Além disso, armazena metadados de localização através de GPS, registrando a localização geográfica exata das gravações, e carimbos de data e hora que indicam quando cada gravação foi realizada, permitindo a criação de uma linha do tempo precisa dos eventos. Informações sobre o usuário da câmera, como número de identificação, nome e possivelmente outros dados de autenticação, também podem ser armazenados, confirmando quem estava usando o dispositivo no momento da gravação. Adicionalmente, dados contextuais como o tipo de incidente ou evento registrado, condições ambientais, boletins de ocorrência e outras observações feitas pelo usuário da câmera podem ser capturados. Esses dados requerem medidas rigorosas de segurança e privacidade para proteger as pessoas filmadas e evitar abusos ou vazamentos de informações.

Nesse sentido, os metadados devem ser considerados dados pessoais se forem capazes de promover, também, a identificação de indivíduos. Como argumentado por Bioni (2021), os metadados podem produzir riscos significativos a direitos fundamentais se forem combinados e utilizados de forma secundária para diferentes propósitos.

2.2 Recorte de pesquisa

Para o recorte da pesquisa, selecionamos Polícias Militares (PM) de estados da federação que já tivessem as câmeras corporais em uso nos seus efetivos. Assim, foram excluídas PMs que tivessem estudos, licitações ou planos para incorporação dos equipamentos.

Dentre os órgãos de segurança pública, optou-se por escolher as Polícias Militares por conta de suas atribuições de patrulhamento ostensivo e preservação da ordem pública (art. 144, §5º, Constituição Federal). Além da aquisição

RBDFJ51_MIOLO.indd 281 13/02/2025 10:04:45

e incorporação das câmeras corporais ao longo dos últimos anos, a escolha do recorte se deu para viabilizar a pesquisa empírica.

Entende-se que os resultados aqui apresentados seriam diversos se considerados outros órgãos, como polícias civis, penais ou mesmo Ministérios Públicos. Na medida em que cada uma delas tem suas próprias atribuições, às finalidades de tratamento dos dados coletados, medidas de governança necessárias e usos secundários seriam diversos, assim como os riscos inerentes às suas atividades.

O recorte foi definido através de mapeamento do Monitor da Violência (Veslaco *et al.*, 2023), uma parceria do G1 com o Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV-USP) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Levando-se em consideração ser notícia publicada por veículo de imprensa idôneo, em parceria com centros de pesquisa científica voltados para a segurança pública no Brasil, considerou-se uma fonte secundária viável para iniciar uma análise mais pormenorizada dos objetivos previstos no projeto.

Assim, os estados federativos analisados são: Minas Gerais, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Santa Catarina e São Paulo (Velasco *et al.*, 2023).

2.3 Coleta de dados

Para a coleta de dados foram utilizadas fontes primárias e secundárias. Como fontes primárias são utilizados pedidos de acesso à informação diretamente aos órgãos do recorte de pesquisa, com perguntas relacionadas à governança de dados, aquisição de tecnologias, empresas responsáveis e garantia de direitos dos titulares de dados. Os documentos recebidos, como contratos, editais e termos de referência, também foram utilizados durante a análise do presente relatório.

Como fontes secundárias, utilizamos publicações veiculadas na imprensa e em *sites* oficiais governamentais, por meio de busca na plataforma Google, sendo indicadas ao longo do texto.

Além disso, para complementar os pedidos de acesso à informação, a equipe realizou buscas nos Portais da Transparência e diários oficiais dos estados analisados, a fim de completar eventuais lacunas existentes. Assim, abarca-se processos de transparência ativa e passiva, permitindo um viés abrangente de análise. Abaixo, indicamos os passos da metodologia empregada.

Métodos e etapas para coleta de dados

– Passo 1: *Estados com câmeras corporais implementadas na segurança pública*

Passo inicial da pesquisa com a definição do recorte a partir da reportagem supracitada sobre a implementação de câmeras em Polícias Militares ao redor do Brasil (Velasco *et al.*, 2023).

RBDFJ51_MIOLO.indd 282 13/02/2025 10:04:46

– *Passo 2*: *Coleta de informações em portais da transparência*

A partir do recorte definido, buscamos contratos, termos de referência, editais e outros documentos relacionados à aquisição de câmeras corporais pelas PMs. Identificamos uma série de termos para os equipamentos, especialmente nos Portais da Transparência e editais, utilizando-os em todos os portais para garantia de uma coleta completa das informações necessárias. Os termos da pesquisa foram: *Câmeras corporais; Câmera corporal; Câmeras operacionais portáteis; Câmera operacional portátil; Body cam; Bodycam; e Câmera policial individual.*

– *Passo 3*: *Pedidos de LAI genéricos*

Em seguida, enviamos pedidos de acesso à informação para todas as Polícias Militares com informações preliminares sobre as câmeras. Para facilitar a definição no presente relatório, denominamos esses de "Pedidos de LAI genéricos". Abaixo estão as perguntas feitas, enviadas igualmente ao recorte proposto.

> Esta solicitação busca entender como a polícia militar tem utilizado câmeras corporais nas fardas do estado, com base na seguinte notícia: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/08/29/monitor-da-violencia-pms-de-7-estados-usam-cameras-corporais-outros-10-estados-dizem-estar-fazendo-testes-ou-avaliando-uso.ghtml. Por isso, com base na Lei de Acesso à Informação, solicito que as seguintes perguntas sejam respondidas:
>
> 1. Gostaria de ter acesso aos contratos realizados para aquisição das câmeras corporais pela Polícia Militar, por gentileza.
> 2. Quais instituições e agentes utilizam as câmeras corporais em suas atividades?
> 3. Quais normas e portarias regulam a coleta e tratamento de dados e imagens das câmeras corporais e seus sistemas?
> 4. Foi desenvolvido um protocolo específico para segurança da informação e proteção de dados pessoais gerados pelas câmeras corporais e seus sistemas? Se sim, solicito acesso ao documento, por favor.
> 5. Qual instituição é responsável pela gestão dos dados coletados pelas câmeras corporais?

– *Passo 4*: *Pedidos de LAI específicos*

Por fim, após uma primeira análise da documentação levantada por meio de transparência ativa e passiva, além de leitura da bibliografia especializada, realizamos uma nova rodada de pedidos de acesso à informação, denominados "Pedidos de LAI específicos". O objetivo foi trazer maior densidade às informações sobre proteção de dados pessoais, especialmente direitos de titulares e governança dos dados.

RBDFJ51_MIOLO.indd 283 13/02/2025 10:04:46

Esta solicitação tem como objetivo compreender o uso de dados das câmeras corporais pela Polícia Militar. Por isso, com base na Lei de Acesso à Informação, solicito que as seguintes perguntas sejam respondidas:

1. Foi desenvolvida política de privacidade ou regulamentação específica direcionada ao tratamento de dados pessoais pelo órgão para as câmeras corporais?
2. Qual é o canal para atendimento do direito do titular à proteção de dados tratados através das câmeras corporais?
3. A polícia realiza a gestão das informações das câmeras corporais de forma integral ou há auxílio da empresa contratada para o fornecimento do equipamento?
4. Havendo a participação de empresas na gestão dos dados de câmeras corporais, quais são as empresas e suas atribuições nesse processo?

2.4 Sistematização dos dados

A seguir, sistematizamos as informações referentes aos instrumentos de contratação das câmeras corporais e sistemas adjacentes, bem como as regulamentações aplicáveis ao funcionamento dos equipamentos. Não foram abrangidas por esta pesquisa o nome das empresas contratadas, os valores e os ajustes contratuais eventualmente praticados.

Em Minas Gerais, o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 077/2022, teve como objeto a aquisição de Câmera Operacional Portátil – COP (*Body-Worn-Camera*), *Dockstation*, Servidor de Rede e Softwares, conforme especificações constantes no Anexo I – Termo de Referência. Houve pequenas variações na especificação dos equipamentos por lote. O uso dos equipamentos é regulamentado pelo Procedimento Operacional Padrão – POP nº 1.7.0.042, de 27 de outubro de 2022, formalizado através do Memorando nº 30.127.3/22 – EMPM.

No estado do Pará, a Secretaria de Segurança Pública foi a responsável pelo Edital Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 005/2023-SEGUP/PA, para prestação de serviço de locação de câmeras operacionais portáteis com solução para captação, transmissão, armazenamento, *software* de custódia e gestão de evidências digitais, acionamento remoto, *live streaming*, posicionamento de GPS e *software* de monitoramento para atender às atividades operacionais dos agentes de Segurança Pública do Estado do Pará, de acordo com as condições e especificações técnicas constantes no Termo de Referência, Anexo I do Edital.

RBDFJ51_MIOLO.indd 284 13/02/2025 10:04:46

Quanto à regulamentação aplicável ao uso das câmeras corporais, a SEGUP/PA informou através da resposta ao pedido de acesso à informação[3] que cada instituição tem liberdade para estabelecer suas normas e portarias de acordo com o objetivo institucional do órgão. Provocada, a Polícia Militar do Pará informou[4] que adota a legislação e regulamentação desenvolvida pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, a qual contribuiu no processo de formulação.

No estado do Rio Grande do Norte, a Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Defesa Social (SESED), realizou a contratação das câmeras corporais com plataforma de evidências através do Convênio SENASP/MJSP nº 905023/2020, de acordo com as especificações e demais condições constantes no Termo de Referência e no Edital do Pregão Eletrônico nº 051/2021 – CPL/SESED. Em janeiro de 2023, a Polícia Militar do Rio Grande do Norte estabeleceu a Portaria Normativa nº 063/2023-GC/PMRN, que disciplina o funcionamento e operacionalização das câmeras operacionais portáteis, bem como a política de armazenamento, custódia e difusão de evidências digitais registradas.

No Rio de Janeiro, a Secretaria da Casa Civil foi a responsável pela publicação do Edital de Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 08/2021, que tem como objeto a "prestação de serviços, contínuos e especializados, que englobam: solução integrada de captação, armazenamento, transmissão, gestão e custódia de evidências digitais, por meio de câmeras operacionais portáteis, e demais equipamentos necessários à instalação/execução, para estabelecer os links com o sistema de armazenamento em nuvem".

Quanto às normas que disciplinam o uso dos equipamentos estão a Lei nº 5.588/2009 (alterada pela Lei nº 9.298/2021), que determina a instalação de câmeras de vídeo e áudio em viaturas e aeronaves utilizadas para servir as áreas de Segurança Pública e da Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro, bem como monitoramento e registro das ações individuais dos agentes de segurança pública através de câmeras corporais.

No Rio de Janeiro há ainda o Decreto nº 48.394/2023, que atualizou o programa estadual de transparência em ações de segurança pública; Decreto nº 47.975/2022, que regulamenta o procedimento de acesso à informação em relação ao programa estadual de transparência; e a Resolução SEPM nº 241/2022, que regulamenta o fluxo de acesso aos dados e define a responsabilidade dos órgãos da Secretaria de Estado de Polícia Militar.

[3] SIC. PA nº 3.012/2023.
[4] SIC. PA nº 128/2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 285 13/02/2025 10:04:46

Em Rondônia, a Superintendência Estadual de Licitações realizou o edital Pregão Eletrônico nº 801/2022/ALFA/SUPEL/RO para aquisição dos equipamentos de interesse da Secretaria de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania – SESDEC. O regulamento do uso dos equipamentos é realizado através do Procedimento operacional padrão de utilização da câmera policial individual – POP nº 1.5 da Polícia Militar.

No estado de Santa Catarina, o Pregão Eletrônico nº 011/PMSC/2019 realizou a "aquisição de câmeras policiais individuais e estações (*dock station*) computadorizadas, com armazenamento mínimo de 06 tb, para descarregamento automático de dados, alimentação elétrica da bateria e armazenamento das imagens, com *software* de gerenciamento de dados".

As determinações sobre o uso dos equipamentos se dão através do Ato nº 822/PMSC/2023; o Ato nº 785/PMSC/2023 e o Procedimento Operacional Padrão nº 201.1.8 – Utilização de Câmera Policial Individual, que regulamentam o uso de imagens provenientes de câmeras policiais individuais e câmeras de videomonitoramento no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina.

A Polícia Militar de São Paulo, Edital de Pregão Presencial Internacional DTIC nº PR-183/0012/20 adquiriu "solução integrada de captação, armazenamento, transmissão gestão e custódia de evidências digitais por câmeras operacionais portáteis nas atividades policiais, com o fornecimento de *body-worn-camera* (câmera operacional portátil)".

De acordo com a resposta ao pedido de acesso à informação nº 474442317122, foram desenvolvidas uma diretriz e procedimento operacional padrão que não foi disponibilizado por tratarem de dados estratégicos para o planejamento operacional.

Como evidência da importância da investigação complementar, indicamos a análise da experiência internacional e estudos prévios do Centro de Altos Estudos Superiores (CAES) da PMESP, que foram utilizados para subsidiar o desenvolvimento do programa Olho Vivo em São Paulo, responsável pelo estabelecimento do uso das câmeras corporais pela corporação.

No Rio Grande do Norte, a aquisição dos equipamentos se deu através do Convênio com a Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, órgão que também desenvolve o Projeto Nacional de Câmeras Corporais.

3 Discussão dos dados analisados

A partir dos dados apresentados, é possível iniciar uma discussão sobre a implementação e regulamentação do uso de câmeras corporais (*body cams*) nas

RBDFJ51_MIOLO.indd 286 13/02/2025 10:04:46

forças de segurança pública em diversos estados brasileiros. A análise pode ser segmentada em diferentes áreas de interesse, que exploramos abaixo, sem a pretensão de exaurir as discussões sobre câmeras corporais.

Primeiro, observamos uma adaptação às necessidades locais. Os estados estão utilizando editais de pregão eletrônico para aquisição e locação de câmeras corporais, ajustando especificações técnicas conforme suas necessidades específicas. Em Minas Gerais, o foco está na aquisição de câmeras, *dockstations*, servidores e *softwares*, enquanto no Pará, a ênfase é na locação de câmeras com soluções completas de captação, transmissão e monitoramento.

Em segundo lugar, a regulamentação do uso das câmeras varia consideravelmente entre os estados. Em alguns casos, como Minas Gerais e Rondônia, procedimentos operacionais padrão específicos são adotados, enquanto em estados como o Pará, há liberdade para que cada instituição estabeleça suas próprias normas. O Rio Grande do Norte desenvolveu portarias normativas detalhadas para o uso e gestão das câmeras, enquanto o Rio de Janeiro possui leis específicas que regulam a instalação e uso de câmeras em viaturas e nas ações dos agentes de segurança pública.

Essas variações seguem uma lógica federativa no Brasil, que atribui aos Estados a competência normativa para questões de segurança pública. Uma das grandes dificuldades de normatização e regulação por parte do governo federal consiste justamente na identificação de uma clara competência constitucional para propor normas para câmeras corporais, sem que isso seja identificado como uma violação de competência prevista na Constituição. Destacamos, ainda, as capacidades orçamentárias e operacionais de cada instituição que podem alterar a forma como a aquisição e uso das câmeras corporais é realizada nos estados.

Em terceiro lugar, observamos que a transparência no uso e gestão dos dados capturados pelas câmeras também varia. A pesquisa empírica destacou que diferentes PMs lidam com o tema – e respondem aos pedidos de acesso à informação – de formas distintas.

No Rio de Janeiro, decretos e resoluções foram implementados para garantir a transparência nas ações de segurança pública e no acesso aos dados gerados. Em São Paulo, Pará e Minas Gerais, apesar de as diretrizes e procedimentos operacionais terem sido desenvolvidos, eles não foram disponibilizados publicamente, citando a natureza estratégica dos dados para o planejamento operacional. No entanto, Rondônia e Santa Catarina não consideraram sigilosos os procedimentos operacionais, publicizando suas diretrizes.

Em quarto lugar, identificamos que os estados estão investindo em tecnologias avançadas para garantir a eficiência e a eficácia do uso das câmeras corporais. Isso inclui soluções integradas que envolvem captação, armazenamento, transmissão e

RBDFJ51_MIOLO.indd 287 13/02/2025 10:04:46

gestão de evidências digitais, além de funcionalidades como acionamento remoto, *live streaming*, e posicionamento por GPS. Santa Catarina, por exemplo, adquiriu sistemas que permitem o descarregamento automático de dados e o gerenciamento eficiente dessas informações. No entanto, este impulso por eficiência é desacompanhado de mecanismos preventivos como avaliações de impacto à proteção de dados pessoais e outros instrumentos preventivos já previstos na LGPD.

O Rio de Janeiro demonstrou ser o estado com maior nível de transparência, definindo procedimentos e pessoas legitimadas para acesso às imagens das câmeras em resolução própria. Santa Catarina também prevê a divulgação das imagens, mas realizado de forma genérica, atribuindo a decisão aos comandantes de Organizações Policiais Militares e para um grupo mais limitado de pessoas, como policiais militares e órgãos do sistema de justiça (Ato nº 822, PMSC/2023). No RJ, por outro lado, cidadãos podem ter acesso às imagens, inclusive com um prazo para recebimento dos arquivos (art. 6º, Resolução SEPM nº 2421/2022).

Apenas o RJ cita a LAI e LGPD como fundamentos para a normatização de acesso às imagens. Ainda assim, nenhum dos estados conta com descrições específicas sobre coleta, armazenamento e recuperação das imagens, de modo que a pesquisa se baseou nos termos de referência, editais e normas de forma dispersa para compilar as informações aqui descritas. Apenas o descarte é elencado de forma mais explícita, variando de 60 dias (ocorrências sem interesse policial ou de rotina) a 1 ano (registros de ocorrências) nos estados do RJ, RO, PA e SP. No Rio Grande do Norte, o prazo é de 3 anos. Minas Gerais não define uma temporalidade específica, variando de acordo com a disponibilidade de armazenamento. Em SC, não foi localizado qualquer documento descrevendo o tempo para descarte.

Por fim, destaca-se que as políticas de câmeras corporais são realizadas não apenas pelas PMs, mas com empresas privadas sob sua tutela. Por serem atividades para fins exclusivos de segurança pública, e o artigo 4º, §2º da LGPD exige notificação à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a respeito desse tratamento. Nos pedidos de LAI realizados verificou-se que nenhuma das PMs do recorte realizou essa notificação, com prejuízo aos princípios da transparência, prevenção, responsabilização e prestação de contas. Ao contrário do Projeto Estádio Seguro, a ser explorado mais à frente, a inexistência de tal comunicação impediu que fosse realizada uma análise pormenorizada sobre os efeitos do tratamento de dados por câmeras corporais, trazendo prejuízo aos princípios da transparência e prestação de contas.

4 Finalidades e usos primários no tratamento de dados pessoais de câmeras corporais

Neste tópico apresentamos os destaques da legislação de proteção de dados pessoais aplicáveis à segurança pública, bem como a forma de definição da

RBDFJ51_MIOLO.indd 288 13/02/2025 10:04:46

finalidade para o tratamento de dados através da sistematização de informações presentes em documentos oficiais de contratação e normas de utilização das câmeras corporais.

A Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) –, em vigor desde 2020, regulamentou o tratamento de dados pessoais, por meios físicos e digitais, por pessoas naturais e jurídicas de direito público e privado. A fim de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, foram estabelecidas regras que devem ser respeitadas por todos os entes da federação.

O eventual conflito a respeito da aplicabilidade ou não da LGPD em relação ao tratamento de dados na segurança pública reside na leitura do art. 4º, inciso III, que aponta regime de exceção para atividades previstas na lei:

> Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:
>
> [...]
>
> III – realizado para fins exclusivos de:
>
> *a*) *segurança pública*;
>
> b) defesa nacional;
>
> c) segurança do Estado; ou
>
> d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; [...].

Há, no entanto, parâmetros importantes a serem considerados nessa exceção. O parágrafo primeiro do referido artigo estabelece que o tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica.

Tal legislação deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Destaca-se que, na ausência da legislação específica, a própria LGPD determina que deverão ser observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular, parâmetro essencial para o tratamento de dados pessoais em curso.

Além disso, no contexto da segurança pública, a lei veda o tratamento de dados pessoais por pessoas de direito privado, com exceção dos procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, com informe específico à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Essa comunicação fez com que a autoridade enfrentasse o tema na Nota Técnica nº 175/2023/CGF/ANPD, que versava sobre o compartilhamento de dados entre Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e organizações esportivas no âmbito do Projeto Estádio Seguro. O acordo assinado entre MJSP, Ministério do Esporte e Confederação Brasileira de Futebol (CBF) previa o tratamento de dados pessoais para fins de investigação e repressões penais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 289 13/02/2025 10:04:46

O documento demonstra a competência da ANPD para o tema, indicando a importância de definição das finalidades, direitos de titulares e devido processo no tratamento de dados pessoais na segurança pública. Para a fundamentação, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD), previsto na LGPD, foi documento essencial para compreensão das atividades e medidas técnicas de segurança adotadas. A partir de comunicação do MJSP, a autoridade foi capaz de promover sugestões técnicas a respeito do tema, protegendo direitos e garantias frente ao uso de novas ferramentas digitais na segurança pública.

A necessidade de adequação aos princípios da LGPD no tratamento de dados na segurança pública é reforçada em 2022, com a inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais (art. 5º, LXXIX CF), não havendo dúvidas quanto à responsabilidade do Estado sob sua tutela.

Além disso, por definição constitucional, a segurança pública é um dever do Estado (art. 144, Constituição Federal), efetivada por órgãos da administração pública direta, submetidos ao princípio da legalidade (art. 37, Constituição Federal) no exercício de suas funções e na realização de contratações.

É sob esta ótica que a pesquisa se orienta. Em uma perspectiva abrangente da definição de dados pessoais, as câmeras corporais realizam o tratamento de diferentes categorias, que podem ser sistematizados em: *i. Dados de identificação dos agentes*: identificação nominal do policial, vinculação entre agente e equipamento, dados de localização durante o serviço, registros audiovisuais em atividade; *ii. Dados dos cidadãos*: imagens e áudio de pessoas abordadas, registros de testemunhas e vítimas, dados de localização de ocorrências, registros de interações policiais; *iii. Metadados técnicos*: *timestamps* das gravações, coordenadas GPS, identificadores únicos, *logs* de acesso e modificação.

Na falta de lei específica, os princípios gerais de proteção de dados, previstos na LGPD são norteadores para o tratamento de dados na segurança pública. São, ao todo, dez princípios estabelecidos no art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

Ainda que seja necessária a observância de todos os princípios, a pesquisa concentra seus esforços analíticos sobre as finalidades do tratamento de dados em câmeras corporais, avaliando se os instrumentos contratuais e regulatórios garantem "propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades" (art. 6º, I, LGPD). A escolha se deu para garantia de estudo aprofundado sobre o tema, especialmente diante do objeto proposto.

RBDFJ51_MIOLO.indd 290 13/02/2025 10:04:46

Conforme estabelecido em lei, o titular de dados deve ser informado sobre o que é feito com as suas informações pessoais. Geralmente, o cumprimento dessa exigência é realizado através de políticas de privacidade que, apesar de não serem obrigações legais expressas, são o meio de apresentação de forma acessível das finalidades do tratamento por todo o ciclo, desde a coleta até o descarte dos dados pessoais, bem como demais informações relevantes para o exercício dos direitos dos titulares.

Além disso, o processo de construção de normas aplicáveis ao uso e operacionalização das câmeras corporais em curso pelo do Ministério da Justiça e Segurança Pública através do Projeto Nacional de Câmeras Corporais possui adesão voluntária e não versa sobre os mecanismos de proteção de dados de forma pormenorizada, abordando as questões concernentes à obrigatoriedade da publicidade da finalidade do tratamento de dados pessoais pelas polícias através dos equipamentos.

Não foram localizadas políticas de privacidade em câmeras corporais das PMs e seus sistemas, de modo que o esforço de sistematização aqui apresentado se dá pela compilação dos diferentes documentos descritos anteriormente.

Pelos motivos expostos, diante da ausência total ou parcial das políticas de privacidade emitidas pelas polícias militares, verificada através de pedidos de acesso à informação, iniciamos nesta seção a avaliação das finalidades do tratamento de dados pessoais correlacionando-as às justificativas presentes nos instrumentos de contratação dos equipamentos.

Os editais são documentos públicos, emitidos pela administração pública direta e têm em sua composição definida por lei, o termo de referência, que deve conter dentre os elementos descritivos a definição do objeto e a fundamentação da contratação (art. 6º, XXIII, *a*, *b*, Lei nº 14.133/2021 e Lei nº 8.666/93). Assim, esta pesquisa delimitou como finalidade as informações presentes nos documentos oficiais.

Os editais de contratação das câmeras corporais dos estados analisados se iniciaram no ano de 2019 e foram até o ano de 2023, geralmente sob coordenação das secretarias de segurança pública. É importante destacar que o órgão responsável pela contratação não necessariamente é o que vai definir a norma de utilização.

As justificativas para aquisição dos equipamentos em geral se localizam nos termos de referência e fazem menção à experiência internacional e de outros estados como São Paulo, a ferramenta de combate à criminalidade.

Destaca-se que nem todos os documentos de contratação das tecnologias continham a finalidade de forma explícita, como no exemplo do estado de Rondônia, que sumariza seus objetivos. Para fins desta comparação, considerando

RBDFJ51_MIOLO.indd 291 13/02/2025 10:04:46

que não há menção explícita ao tratamento de dados pessoais, *entende-se como finalidade do tratamento a justificativa, e em alguns casos, o objetivo, fornecidos para a aquisição da ferramenta, e consequentemente para o uso de dados*.

4.1 Finalidades e usos primários de dados pessoais

A Lei Geral de Proteção de Dados define tratamento como qualquer operação realizada com dados pessoais como a coleta, armazenamento, transmissão, classificação, entre outros.[5] O funcionamento das câmeras corporais utilizadas na segurança pública implica na realização de tratamento de dados pessoais porque essas informações podem identificar uma pessoa natural, ou torná-la identificável.

A pesquisa define como *uso primário o conjunto de dados pessoais tratados para atender as finalidades definidas pelos instrumentos de contratação e normativas de utilização*.

Por causa da ausência de políticas de privacidade, em que destacamos novamente a não obrigatoriedade de elaboração, identificamos as finalidades de tratamento dos dados pessoais pelas câmeras corporais através das justificativas para contratação dos equipamentos, geralmente expressos nos termos de referência. Quando presentes, as justificativas costumam ser abrangentes, em alguns casos explícitas, mas em geral, dizem respeito à:

- Produção de provas e evidências;
- Proteção da sociedade e do agente policial;
- Garantir a confiabilidade da atuação da polícia e aumentar a transparência na fiscalização da atividade policial;
- Otimizar atividades preventivas de policiamento e apoio à definição de estratégias de inteligência.

Assim, é possível destacar algumas formas de tratamento de dados pessoais que são usos primários e de acordo com as finalidades destacadas, como utilização das imagens na composição do conjunto probatório em procedimento judicial e o registro de sua utilização em registros de ocorrência. Eles podem estar vinculados tanto à produção de provas quanto para proteção da sociedade e agentes policiais, especialmente se considerarmos a numeração que vincula o policial ao equipamento. O uso das imagens para treinamentos pode ser vinculada à confiabilidade de atuação da polícia, assim como a divulgação e compartilhamento

[5] "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; [...]."

RBDFJ51_MIOLO.indd 292 13/02/2025 10:04:46

dos arquivos pode auxiliar para aumento da transparência na fiscalização das atividades.

Uma crítica a ser considerada é que, apesar de estarem descritas nos editais, termos de referência e demais documentos consultados, todas as finalidades previstas são muito amplas, uma prática que não é recomendada na proteção de dados pessoais. Quanto mais específicas as finalidades, maior é o controle sobre o tratamento dos dados. Um exemplo a ser considerado é o uso dessas informações para policiamento preditivo: se considerado como otimização de atividades de policiamento preventivo e estratégias de inteligência, há o risco de que a interpretação de agentes estatais e tomadores de decisão possam contribuir para práticas discriminatórias e sem debate público. Trata-se de ponto de atenção relevante para o controle de políticas de segurança pública que utilizem esses equipamentos.

4.2 Usos secundários e tratamento de dados na segurança pública: potenciais e riscos

Os *dados secundários, por sua vez, são considerados como o conjunto de dados pessoais tratados que não correspondem às finalidades previamente estabelecidas pelo agente de tratamento de dados*, nesta pesquisa as polícias militares. Diante de justificativas, e, por conseguinte, finalidades pouco delimitadas, indicar exemplos desse cenário é uma tarefa tão complexa quanto definir os usos primários.

Apesar de serem coletados para determinada finalidade, o mesmo conjunto de dados podem ser utilizados de formas diferentes. No contexto do tratamento de dados pelo poder público isso traz riscos devido à assimetria de poder – segundo Wimmer (2021), essa relação assimétrica enseja ainda mais processos de transparência e participação social, com salvaguardas materiais e processuais para mitigar riscos relacionados ao novo tratamento. Se pensarmos no caráter estratégico da segurança pública, há ainda mais riscos nesse tratamento de dados.

Um exemplo hipotético seria a transmissão das informações das câmeras corporais para uma plataforma paga da polícia para pessoas que querem pagar para acompanhar dados, em tempo real, das câmeras corporais ou mesmo assistir o conteúdo das gravações para fins de entretenimento. Suponha-se que a polícia crie uma conta em uma plataforma de *streaming* de vídeos na qual cidadãos interessados em acessar os dados de câmeras corporais para entretenimento podem pagar para visualizar seu conteúdo. Isso seria uma utilização secundária claramente deslocada do seu contexto legítimo inicial, em notável violação aos direitos de proteção de dados pessoais.

RBDFJ51_MIOLO.indd 293 13/02/2025 10:04:46

Outra possibilidade é o uso do GPS para perseguição de agentes específicos, monitorando suas rotas com potencial violação a sua privacidade. Além disso, eventual incidente de segurança desses dados poderia expor a estratégia de inteligência das polícias militares, sendo um componente relevante a ser considerado nas políticas de segurança da informação.

Por outro lado, um uso secundário com potencial benéfico é o uso das informações de GPS para localizar equipamentos que porventura tenham sido perdidos durante o uso. Ao utilizar o referencial geográfico, é possível reaver câmeras com certa facilidade, desonerando os cofres públicos na eventual aquisição de novos equipamentos. Outro potencial é cruzar os dados de operações com outros índices de segurança, de modo a tomar decisões estratégicas baseadas em informações empíricas e relevantes para uma política de segurança pública eficiente.

Diante de tais complexidades, esta pesquisa se limitou a realizar o mapeamento dos dados pessoais tratados pelas câmeras corporais a partir das especificações técnicas e requisitos dos equipamentos presentes nos instrumentos de contratação.

Os dados pessoais tratados pelas câmeras corporais, identificados através dos documentos de contratação, variam em maior grau de detalhamento de acordo com o estado. Assim, é importante estabelecer critérios de padronização nas medidas de transparência adotadas por órgãos de segurança pública quando da implementação da referida tecnologia.

O conceito de tratamento de dados pessoais é trazido pela LGPD em seu artigo 5º, inciso X, compreendendo uma série de operações,[6] sendo possível identificar um ciclo comum a todas as instituições e sistemas do recorte. O conceito de ciclo de vida dos dados refere-se às diferentes etapas pelas quais um documento ou informação passa desde a coleta até seu descarte seguro.

Uma das formas de compreender o fluxo de dados pessoais identificados é utilizando as fases propostas por Ricardo César Gonçalves Sant'Ana (2016): coleta, armazenamento, recuperação e descarte. Segundo o autor, em todas as fases há fatores que devem ser levados em consideração para sua efetiva implementação, especialmente privacidade, integração, qualidade, direitos autorais, disseminação e preservação (Sant'Ana, 2016). No contexto das câmeras corporais e pelos dados coletados durante a pesquisa, acreditamos que a fase do descarte é a que se encontra mais avançada no recorte estudado, com a maioria dos estados prevendo um momento definido para a eliminação dos dados. Apesar

[6] Artigo 5º, X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (Lei Geral de Proteção de Dados).

RBDFJ51_MIOLO.indd 294 13/02/2025 10:04:46

da definição das finalidades abertas, também é possível afirmar que a fase de coleta está relativamente implementada. O armazenamento é definido a partir das limitações técnicas e orçamentárias dos órgãos, mas há pouca transparência sobre as empresas envolvidas no tratamento de dados, especialmente pela falta de notificação à ANPD, nos termos do art. 4º, §2º da LGPD. Por fim, acreditamos que a recuperação é um dos principais pontos de atenção: exceto estados como Rio de Janeiro e Santa Catarina, há pouca normatização sobre quem pode acessar as imagens e qual o procedimento necessário para isso. Sem tais definições, a transparência sai prejudicada, impedindo que as políticas de câmeras corporais tenham um controle de sua efetividade.

É importante destacar que a pesquisa não se ateve à análise das operações de tratamento, o que exige um trabalho mais amplo e minucioso. Nosso esforço se concentrou na identificação dos dados pessoais citados pelos documentos de contratação através dos requisitos sociotécnicos, para compará-los à finalidade de sua coleta. A abordagem busca compreender o uso dos dispositivos informáticos a partir de suas capacidades operacionais, assim como os contextos sociais nos quais estão inseridos. Trata-se de uma agenda de pesquisa relevante a ser explorada de forma mais ampla. A contribuição do presente trabalho é abrir as perspectivas a partir dos conceitos de usos primários e secundários no tratamento de dados pessoais, cabendo maior aprofundamento a partir de novos elementos agregados.

5 Considerações finais

A utilização de tecnologias digitais na segurança pública inaugura novos desafios inclusive quanto à definição da extensão da própria atividade, de forma que não há como negar que ainda que existam reservas à aplicabilidade da LGPD, a criação de mecanismos de promoção da proteção de dados é capaz de auxiliar na efetividade de outros direitos e garantias fundamentais, como o devido processo, o direito à intimidade e à não discriminação.

Medidas de governança para garantia da integridade e segurança dos dados são importantes para a preservação da cadeia de custódia da prova judicial, por exemplo. A instrumentalização de procedimentos para garantia dos direitos dos titulares de dados, como a confirmação do tratamento e a correção de informações inexatas, pode impactar diretamente o direito à liberdade de cidadãos e agentes policiais, ou mesmo ensejar ação judicial, como *habeas corpus*, concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

A partir da coleta de dados acima sistematizada, o artigo abordou quais foram as finalidades expostas nos editais de contratação e a identificação dos

RBDFJ51_MIOLO.indd 295 13/02/2025 10:04:46

usos primários no tratamento de dados pessoais nas câmeras corporais dentro do recorte estabelecido. Identificadas a partir dos editais de contratação e termos de referência, a pesquisa identificou que, apesar de legítimas e adequadas ao tratamento de dados proposto pelas câmeras corporais, as finalidades são muito amplas. A ausência de medidas de prevenção e salvaguardas específicas para a governança de dados pessoais em políticas de câmeras corporais levam a um cenário de incertezas sobre a efetividade dos princípios e fundamentos da LGPD, especialmente o acesso às imagens por titulares de dados e sistema de justiça. Nunes *et al.* (2022) trazem questionamentos similares, demonstrando que a interseção entre governança de dados e segurança pública é uma agenda que deve avançar no país.

Além disso, é necessário considerar os potenciais usos secundários no tratamento de dados em câmeras corporais, indicando os riscos a direitos fundamentais, especialmente o direito à proteção de dados (art. 5º, LXXIX, Constituição Federal). Para que o uso das câmeras corporais não incorra na violação dos parâmetros de tratamento de dados pessoais aplicáveis à segurança pública, em especial a garantia do devido processo legal e finalidade para tratamento de dados pessoais, de acordo com interesse público e direitos dos titulares, aponta-se como desdobramentos possíveis indicar caminhos para que a gestão de dados dentro das políticas de câmeras corporais relacionados à segurança pública seja de acordo com a legislação vigente.

A pesquisa permite avançar um conjunto de novas perguntas que podem ser perseguidas e elucidadas pela comunidade acadêmica no Brasil. Tais perguntas, que podem ser vistas como desdobramentos de nossas investigações, são: os dados coletados pelas câmeras corporais estão sendo utilizados para finalidades secundárias não previstas nos editais e nos procedimentos operacionais padrão, como análise de comportamento, vigilância não autorizada ou outras aplicações de *big data*? Quais controles estão em vigor para prevenir o uso secundário não autorizado dos dados capturados pelas câmeras corporais? As respostas aos pedidos de acesso à informação demonstram transparência adequada na gestão e uso dos dados capturados pelas câmeras corporais? Como as instituições estão monitorando e auditando o uso dos dados das câmeras corporais para garantir que estejam alinhados com as finalidades originais especificadas? Sem medidas de dados robustas, o uso dos registros audiovisuais podem reforçar narrativas policiais, sem a devida contextualização das imagens, com suas tensões e disputas sociais em torno dos fatos (Vituri, 2018).

Entendemos que essas questões não são puramente técnicas, mas representam um ponto nodal de tensão democrática no Brasil, considerando que o uso de câmeras corporais é desejável do ponto de vista de políticas públicas, porém

RBDFJ51_MIOLO.indd 296 13/02/2025 10:04:46

apresenta um conjunto de novos riscos em razão do seu crescimento exponencial e formas de utilização dessas informações, que vão além dos seus contextos originais e os pactos sociais que sustentam essas utilizações do ponto de vista de uma comunidade política. Nesse sentido, o debate sobre a finalidade no uso de dados pessoais pelas câmeras corporais não é um debate puramente técnico sobre Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, mas sim um assunto interdisciplinar e profundamente cívico e político em uma democracia.

Body worn cameras and personal data: compliance of purpose principle by military police contracts in Brazil

Abstract: This article analyzes the implementation of body-worn cameras in Brazil through the lens of personal data protection. While public security is exempt from the direct applicability of Brazil's General Data Protection Law (LGPD), data processing in this domain must still adhere to the principles and foundational values established by the legislation, particularly in light of data protection being a constitutional right (art. 5, LXXIX). The study focuses on the Military Police in seven Brazilian states, empirically investigating whether the purposes of data processing align with public policy guidelines, terms of reference, and relevant documentation. Employing an expansionist interpretation of personal data (Bioni, 2021), the analysis explores the interplay between data protection and key considerations such as transparency and surveillance (Vituri, 2018), informational asymmetry (Wimmer, 2021), and data governance in the context of public security (Nunes et al., 2022). By doing so, this research contributes to the ongoing discourse on the intersection of emerging technologies, public security practices, and the safeguarding of fundamental rights.

Keywords: Public security. Surveillance. Data protection. Body worn cameras. Military Police.

Referências

ABDALA, V. Brasil tem mais de 30 mil câmeras corporais em uso por policiais. *Agência Brasil*. 13 out. 2023. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-10/brasil-tem-mais-de-30-mil-cameras-corporais-em-uso-por-policiais. Acesso em: 26 mar. 2024.

BIONI, B. *Proteção de Dados Pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Nota Técnica nº 175/2023/CGF/ANPD*. 25 out. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/nota-tecnica-no-175-2023-cgf-anpd-acordo-de-cooperacao-mjsp-e-cbf.pdf. Acesso em: 1º dez. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 297 13/02/2025 10:04:46

CIPRIANO, L. Polícia Militar do DF adota tecnologia inédita no Brasil. *Agência Brasília*. 3 dez. 2012. Disponível em: https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2012/12/03/uso-de-cameras-em-operacoes-rotam-fotos/. Acesso em: 16 out. 2023.

DUQUE, R. Aprendizados para implantação de programas de câmeras corporais (*bodycams*) em instituições policiais. *Instituto Sou da Paz* (2023). Disponível em: https://soudapaz.org/wp-content/uploads/2023/09/NotaTecnica_Bodycams.pdf. Acesso em: 25 mar. 2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. Policiais de ao menos 25 países usam câmera corporal. *Folha de São Paulo*. 20 jan. 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/01/policiais-de-ao-menos-25-paises-usam-camera-corporal.shtml. Acesso em: 28 mar. 2024.

LIMA, R.; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 49-85, 2016.

HYLAND, S. Body-Worn Cameras in Law Enforcement Agencies, 2016. *Bureau of Justice Statistics*, November 2018. Disponível em: https://bjs.ojp.gov/library/publications/body-worn-cameras-law-enforcement-agencies-2016. Acesso em: 20 maio 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. *Consulta Pública* – Minuta de Portaria. Estabelece a Diretriz Nacional sobre Câmeras Corporais em Segurança Pública. 2024a. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/consulta-publica-minuta-de-portaria. Acesso em: 26 mar. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Consulta Pública sobre a Portaria da Diretriz Nacional sobre Câmeras Corporais em Segurança Pública*. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/participamaisbrasil/consulta-publica-sobre-a-portaria-da-diretriz-nacional-sobre-cameras-corporais-em-seguranca-publica. Acesso em: 20 maio 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *NT-Senasp nº 014/2024* – Câmeras Corporais para Emprego na Segurança Pública. 2024b Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/pro-seguranca/normas/nt-senasp-no-014-2024-cameras-corporais-para-emprego-em-seguranca-publica.pdf. Acesso em: 8 jun. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Projeto Nacional de Câmeras Corporais*. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/cameras-corporais#:~:text=O%20Projeto%20Nacional%20de%20C%C3%A2meras,do%20mesmo%2C%20cujo%20objetivo%20%C3%A9. Acesso em: 26 mar. 2024.

MONTEIRO, J.; FAGUNDES, E.; GUERRA, J.; PIQUET, L. *Relatório de pesquisa*: Avaliação do impacto do uso de câmeras corporais pela Polícia Militar do Estado de São Paulo. São Paulo: FGV CCAS; USP. 2022. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/4ee45e21-ecbf-4da0-b612-ae12c85e71bd/content. Acesso em: 10 mar. 2024.

NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE. *Research on Body-Worn Cameras and Law Enforcement*. Jan. 2022. Disponível em: https://nij.ojp.gov/topics/articles/research-body-worn-cameras-and-law-enforcement. Acesso em: 25 mar. 2024.

NUNES, P.; SILVA, M.; OLIVEIRA, S. *Um Rio de olhos seletivos*: uso de reconhecimento facial pela polícia fluminense. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1Yn0mSEs6AeqaDZDuSjBdJO_WbuLuIEzn/view. Acesso em: 3 ago. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei nº 5.588/2009*. Determina a implantação de sistema de vídeo e áudio nas viaturas automotivas que menciona. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, [2009]. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/42c1a9129bea7948032586ef0057bf6b?OpenDocument&Highlight=0,9298. Acesso em: 20 nov. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 298 13/02/2025 10:04:46

RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei nº 9.298/2021*. Modifica a Lei 5.588, de 07 de dezembro de 2009, que determina a implantação de sistema de vídeo e áudio nas viaturas automotivas que menciona. Rio de Janeiro: Assembléia Legislativa, [2021]. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/42c1a9129bea7948032586ef0057bf6b?OpenDocument&Highlight=0,9298. Acesso em: 20 nov. 2024.

SANTOS, A. A regulamentação do uso de câmeras corporais pelos órgãos de segurança pública e os reflexos na persecução penal: entre o efeito civilizatório e a armadilha solucionista. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Encontro Virtual, v. 9, n. 1, p. 56-77, jan./jun. 2023. e-ISSN: 2526-0065.

SILVA, J.; CAMPOS, J. Monitoramento das Ações Policiais por Meio do Uso de Câmeras de Porte Individual: Uma Análise de Sua Utilização nas Atividades Operacionais. *Revista Ordem Pública*, v. 8, n. 2, p. [233-253], jul./dez. 2015. ISSN 1984-1809. Disponível em: https://rop.emnuvens.com.br/rop/article/viewFile/141/135. Acesso em: 16 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635*. Relator: Ministro Edson Fachin. 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502. Acesso em: 28 mar. 2024.

VITURI, G. *Vigiar e contra-vigiar*: como polícia e sociedade criam suas narrativas a partir de imagens. 2018. Dissertação (Mestrado em Divulgação Científica e Cultural) – Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade de Campinas. Campinas, São Paulo, 2018. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/Acervo/Detalhe/1062892. Acesso em: 3 ago. 2024.

VELASCO, C.; CROQUER, G.; PINHONI, M. Monitor da Violência: PMs de 7 estados usam câmeras corporais; outros 10 estados dizem que a adoção está em andamento. *G1*. 29 ago. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/08/29/monitor-da-violencia-pms-de-7-estados-usam-cameras-corporais-outros-10-estados-dizem-estar-fazendo-testes-ou-avaliando-uso.ghtml. Acesso em: 20 maio 2024.

WIMMER, Miriam. Limites e possibilidade para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 11, n. 1, abr./2021. DOI: https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i1.7136. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7136. Acesso em: 3 ago. 2024.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Horrara; SALIBA, Pedro; ZANATTA, Rafael. Câmeras corporais e tratamento de dados pessoais: adequação ao princípio da finalidade em editais de contratação pelas polícias militares no Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 275-299, jul./dez. 2024.

Recebido em: 05.08.2024
Pareceres: 06.09.2024, 28.10.2024
Aprovado em: 13.12.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 299 13/02/2025 10:04:46

A GOVERNANÇA DE DADOS NA CONSTRUÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES: A EXPERIÊNCIA DO MUNICÍPIO DE NITERÓI/RJ

Daniela Juliano Silva

Professora Adjunta na Universidade Federal Fluminense (UFF) e Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios, na Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Coordenadora do Projeto de Extensão "Economia Solidária e formação continuada no Banco do Preventório" e Líder do Grupo de Pesquisa "Núcleo de Economias Plurais" (NUPEP/UFF). *E-mail*: danielajulianosilva@id.uff.br.

Resumo: Na sociedade da informação, as denominadas "cidades inteligentes" são o chamativo ideal para rotular essas urbes como centros de inovação, sob a bandeira de uma gestão democrática e sustentável. Essa "propaganda" atrai investidores e promove a sensação de que tais cidades são inclusivas e cada vez mais dialógicas quanto às necessidades de seus moradores. As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) têm no setor público seu grande incentivador e usuário, sendo instrumentos indispensáveis para uma maior efetividade na prestação dos serviços públicos e na construção de uma gestão mais participativa. Diante de um universo de probabilidades, muitos desafios emergem e impõem reflexões a respeito de sua padronização, segurança e regulação. O presente artigo pretende refletir acerca dos riscos no uso das novas tecnologias na construção dessas cidades, partindo-se de um método dedutivo, tendo como técnica de pesquisa, o referencial bibliográfico presente nas lições de Morozov e Bria (2019) e Reia (2021), bem como uma metodologia exploratória, com um olhar sobre a experiência do Município de Niterói/RJ, ranqueada como a quinta cidade mais inteligente do Brasil.

Palavras-chave: Cidades inteligentes. Riscos. Niterói/RJ.

Sumário: **1** Introdução – **2** Cidades inteligentes: conceitos, perspectivas e dificuldades – **3** A Internet das Coisas (*IoT*): interconectividade na governança urbana – **4** Niterói/RJ: a quinta cidade mais inteligente do Brasil – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O avanço tecnológico e o uso, em todas as esferas de nossas vidas, das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) têm transformado profundamente a economia, as relações sociais e os desenhos dos governos e cidades. Não é recente o movimento do poder público rumo a uma administração mais inclusiva, participativa, que busca por mais efetividade na entrega de serviços públicos. A diferença está na escala e rapidez dessas mudanças, francamente afetadas por uma estratégia descentralizada e dependente de tecnologias construídas por um

RBDFJ51_MIOLO.indd 301 13/02/2025 10:04:47

verdadeiro monopólio corporativo (e global) de serviços e dados (*Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*, *Microsoft*).

Ter a tecnologia como aliada é a grande marca da dita "revolução digital" e não se pretende retroceder quanto a isso. A reflexão do presente artigo diz respeito à análise das questões que estão por detrás deste cenário, a envolver possíveis violações a direitos individuais e coletivos da população, à soberania nacional e à autonomia das cidades. Não basta incluir a inovação e ferramentas (aplicativos) na tentativa de desburocratizar e promover mais efetividade na prestação de serviços aos cidadãos, mas há de se ter a clareza de que, para se construir o desenho dessa mudança, é necessário ter o conhecimento de todas as variáveis e realidades que as cercam. Por exemplo, criar aplicativos de inserção democrática e acesso a serviços públicos em cidades em que a população mais carente não tem acesso a serviços básicos de *internet* é utópico e excludente.

Falar em cidades inteligentes (*smart cities*) tem a ver, ora com o uso sustentável dos recursos das cidades, ora com "a instalação de dispositivos inteligentes e interativos que prometem uma experiência livre de inconveniências e ajudam a tornar as cidades ambientes ainda mais atraentes".[1] A dinâmica que envolve esses dispositivos inteligentes conectados permanentemente à *internet* e a seus usuários, diz respeito ao que se denomina por "Internet das Coisas" (*Internet of Things – IoT*). Pensar suas propriedades e aplicações já é realidade no Brasil.

O estudo intitulado "Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil", publicado em novembro de 2017 e conduzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC),[2] mapeia os desafios tecnológicos, econômicos, jurídicos e regulatórios do tema no contexto brasileiro, bem como um intricado projeto de condução que pretende a cristalização do desenvolvimento do país em bases mais sustentáveis. Tal plano de ação coaduna-se com alguns itens presentes na Declaração da *Internet of Things* (Junho 2017),[3] adotados pela União Internacional de Telecomunicações (UIT),[4] pertencente à Organização das Nações Unidas (ONU), que relacionou a *IoT* como ferramenta para se alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030 – PNUD/ONU). Em uma lista de

1 MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente* – Tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu, 2019, p. 15.

2 BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Estudo "Internet das Coisas: um plano de ação para o Brasil". Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/estudo-internet-das-coisas-iot/estudo-internet-das-coisas-um-plano-de-acao-para-o-brasil. Acesso em: 03 jun. 2024.

3 Documento disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.itu.int/en/action/broadband/Documents/Harnessing-IoT-Global-Development.pdf. Acesso em: 03 jun. 2024.

4 ITU – International Telecommunication Union.

RBDFJ51_MIOLO.indd 302 13/02/2025 10:04:47

dez atividades principais, reconhece-se a necessidade de implementação da *IoT* no contexto urbano, de modo a promover a aplicação de tecnologias de informação e comunicação, criando cidades e comunidades mais inteligentes e sustentáveis e governos mais ágeis.

Em uma lista de dez atividades principais, reconhece-se a necessidade de implementação da *IoT* no contexto urbano, de modo a promover a aplicação de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), criando cidades e comunidades mais inteligentes e sustentáveis. Tal perspectiva interessa diretamente ao presente artigo, a servir de parâmetro para a construção do processo de modernização dos sistemas urbanos, pautados em três pilares: a conectividade, o uso de medidores inteligentes (sensores) e a capacidade de processamento e armazenamento de dados.

Feitos esses apontamentos gerais, reconhece-se que o presente artigo deve se desenvolver levando em conta três partes. Em um primeiro momento, tratar-se-á de descortinar a terminologia afeta ao tema principal, mergulhando-se nos significados das ditas "cidades inteligentes". Em um segundo momento, trata-se de buscar os conceitos e aplicações da Internet das Coisas (*IoT*) no contexto das cidades, seus "pontos cegos" e significados para além da noção de vigilância e controle. Por fim, valer-se-á da experiência no Município de Niterói/RJ que, em 2013, deu início ao Programa "Niterói Cidade Inteligente", em 2023, alçou a quinta posição de cidade mais inteligente do Brasil[5] e em maio de 2024 lançou seu "Guia de Direitos Digitais em Governos Locais – Um guia para serviços públicos digitais mais humanizados".[6]

A presente pesquisa conta, portanto, com uma metodologia dedutiva, auxiliada pela técnica de pesquisa de revisão de literatura, pautada especialmente nos marcos teóricos que refletem criticamente acerca da construção das cidades ditas "inteligentes", a exemplo de Morozov e Bria (2019). O presente estudo também conta com uma análise exploratória, na medida em que se debruça sobre a experiência do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, de modo a se observar a construção de sua agenda de inovação e tecnologia no setor público e a construção de sua governança de dados.

2 Cidades inteligentes: conceitos, perspectivas e dificuldades

Pensar o universo das cidades sob a perspectiva das "cidades inteligentes" (do termo em inglês *smart cities*[7]), é, especialmente, se deparar com incongruências. É

5 Resultado disponível em: https://web.nectainova.com.br/ranking-csc_2023. Acesso em: 02 jun. 2024.

6 Guia disponível em: https://governodigital.niteroi.rj.gov.br/wp-content/uploads/2024/05/Guia-de-Direitos-Digitais.pdf. Acesso em: 05 jun. 2024.

7 Fala-se na atualidade em *Smart Sustainable Cities* – SSC.

RBDFJ51_MIOLO.indd 303 13/02/2025 10:04:47

lidar com utopias, quanto mais ao se ter por referencial uma realidade distópica. É, acima de tudo, lidar com atemporalidades. O Brasil enfrenta questões que já deveriam ter tido o devido tratamento há séculos (a exemplo das questões afetas ao saneamento básico), ao mesmo tempo em que se mostra premente pensar em um futuro que já se acerca.

Em um primeiro momento, oportuno traçar os principais conceitos que envolvem a temática, ao mesmo tempo em que se revela o cenário e o contexto de desenvolvimento da matéria. Assim que, de modo a se analisar de forma pertinente o conceito de "cidades inteligentes", é preciso reconhecer seu desenvolvimento e nascedouro nos inúmeros avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, o que usualmente se denomina por "Tecnologias da Informação e Comunicação", as TICs.

Conforme muito bem contextualizado por Gimenez, o cenário de desenvolvimento tecnológico leva a uma outra percepção de sociedade e, por consequência, no contexto em estudo, alimenta um novo caminho para as cidades, vez que: "Vivemos um período em que os avanços tecnológicos nos possibilitam formas de comunicação sem precedentes, e que modelos autoritários, centralizados, homogeneizantes vão sendo substituídos por formas descentralizadas, heterogeneizantes, plurais e democráticas de relacionamento".[8]

As Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) são instrumentos que fazem essa verdadeira ponte na construção de um cotidiano social mais confortável, com mais bem-estar e felicidade, nos mais diferentes espaços (doméstico, trabalho, saúde, segurança, transporte).[9] Nessa esteira, há de se concluir, preliminarmente, que não existe nenhum setor da sociedade, seja urbano ou rural, que não experimente algum tipo de transformação em razão de sua influência.

Duarte dá o tom desse influxo, afirmando:

> Parte-se da reflexão de que a sociedade contemporânea é construída com base nas tecnologias de informação, responsáveis tanto pelos produtos característicos da época – sejam eles independentes (como softwares), parte de produtos tecnológicos (de veículos a eletrodomésticos) ou *commodities* (alimentos geneticamente modificados) – quanto pelos processos de fabricação e gerenciamento de produção, distribuição e venda dos produtos.[10]

[8] GIMENEZ, T. A formação de professores de inglês: desafios da próxima década. *In*: *Southern EFL Teacher's Association Conference 3*, 2000, Florianópolis.

[9] BRIGGS, A.; BURKE, P. *Uma história social da mídia*: de Gutemberg à Internet. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 33.

[10] DUARTE, Fábio. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

RBDFJ51_MIOLO.indd 304 13/02/2025 10:04:47

O autor ainda questiona: "Qual a importância das cidades, lugares geograficamente determinados, na comunidade de fluxos, dentro da sociedade da informação?".[11]

É nesse cenário e em torno desse questionamento que se articula a dinâmica das "cidades inteligentes" (do inglês, *smart cities*). É preciso reconhecer o papel das cidades como "formadas e formadoras da diversidade, atratoras e dispersoras de valores que nelas se transformam" e, portanto, como o espaço catalisador desses influxos.[12]

Uma "cidade inteligente",[13] por sua vez, conforme excepcional lição de Komninos,[14] seria um ambiente de aprendizado e inovação, em dois níveis: o real e o virtual. Nesse sentido, em nível real, a inteligência estaria conectada à comunicação e à interação institucional de uma comunidade de pessoas para seu aprendizado, para a experimentação, para o conhecimento e para o desenvolvimento tecnológico. Em nível virtual, é a capacidade dessa mesma comunidade de gerir o conhecimento, difundir tecnologia e se comunicar, por meio de uma interação digital.[15] E conclui, em uma tradução livre: "Com ajuda de tecnologias da informação e da comunicação, qualquer ilha de inovação pode ser transformada em uma comunidade inteligente. Cidades inteligentes também evidenciam uma característica emergente das cidades, como centros de conhecimento, gestão de informação, tecnologia e inovação".[16]

Francisco, por sua vez, alerta para a dificuldade de se chegar a uma definição geral do que se entenda por "cidades inteligentes" ainda que, segundo suas reflexões, o termo seja utilizado, de modo bastante "naturalizado".[17] Atenta para

---

11 DUARTE, Fábio. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

12 DUARTE, Fábio. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

13 Nesta oportunidade, chama-se atenção para uma questão terminológica: a diferença entre "cidades inteligentes" e "cidades digitais", donde se extrai a seguinte lição: "Por vezes confundidos, esses conceitos se diferenciam pelo o grau e a natureza da capacidade que uma cidade tem de se relacionar com as tecnologias digitais. A cidade digital funciona como uma 'extensão virtual' da cidade, por meio da disponibilização de infraestrutura e serviços a partir das TIC. A *smart city*, por sua vez, compreende o uso de sistemas urbanos inteligentes. Além disso, considera-se que tais sistemas devem ser capazes de gerar dados que servirão para informar os tomadores de decisão e, consequentemente, abastecer políticas públicas baseadas em evidências" (MACAYA, 2017, p. 14).

14 KOMNINOS, Nicos. *Intelligent Cities*: innovation, knowledge systems and digital spaces. London: Routledge, 2002.

15 No original: "In this sense, an intelligent city is an environment of learning and innovation, on real and virtual levels: At the real level, intelligence is linked to communication and institutional interaction of a community of people for learning, experimentation, knowledge, and technological development. At the virtual level, it is the capacity of the same community for knowledge management, technology diffusion and communication based on digital interaction" (KOMNINOS, 2002, p. 12).

16 No original: "With the help of information and communication technologies, any innovation island may be transformed into an intelligent community. Intelligent cities also highlight the emerging character of cities as centres of knowledge, information management, technology, and innovation" (KOMNINOS, 2002, p. 12).

17 FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. Dando ouvidos aos dispositivos: como resolver controvérsias em um debate sobre cidades inteligentes. *In*: *Anais do II Encontro Internacional Tecnologia, Comunicação e Ciência Cognitiva*. Volume 2, Número 1, Ano 2016, p. 04.

RBDFJ51_MIOLO.indd 305 13/02/2025 10:04:47

o efeito prático da utilização desse conceito e como as cidades se apressam em se autodenominarem como "inteligentes".[18]

Sob esse viés fica fácil perceber o peso prático que se deve dar às reflexões que envolvem a perspectiva de uma "cidade inteligente". Pensar em uma cidade adjetivada como "inteligente", é pensar em lógicas de participação social e cidadania ativa. É, de fato, pensar em inclusão. É ressignificar a relação Administração Pública x Administrados sob o viés dialógico e não monológico.[19]

Percebe-se no desenvolvimento de todo este raciocínio o quanto a relação entre os cidadãos e o poder público deverá ser a mais próxima possível, de modo que a implementação de políticas urbanas e tecnológicas não se afaste da realidade e das peculiaridades de cada cidade, o que acaba por gerar políticas vazias e sem qualquer sentido. É esse o ponto prático de se pensar as "cidades inteligentes". Sob o ponto de vista de sua eficiência e das soluções que, de fato, serão capazes de mudar realidades, trazer bem-estar, proporcionar inclusão.

As políticas de inovação foram definitivamente incorporadas às agendas governamentais dos países desenvolvidos nos anos 1990, mas desde então, o Brasil passa por altos e baixos e há de se reconhecer a existência de um verdadeiro abismo entre as cidades que projetamos e as cidades que temos. De todo modo, ao se pensar as "cidades inteligentes", deixando-se de lado as dificuldades reais e conceituais, lançando-se a seu universo de possibilidades, tendo em mente o que delas se espera, constrói-se uma perspectiva voltada especialmente ao desenvolvimento sustentável e a uma vida melhor nas cidades.

Percebe-se, neste momento, agregando todo o conteúdo deste tópico, que a construção das cidades inteligentes leva em conta pensar em soluções para os problemas urbanos (segurança, trânsito, lixo, prestação de serviços, dentre outros) por meio do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Essas tecnologias proveem, nas palavras de Maria Cristina Bueti:

> [...] uma rede de aparelhos interconectados que são capazes de agregar e analisar dados para melhorar nosso entendimento sobre o comportamento de ecossistemas de cidades complexas. As TICs também

[18] Nesse ponto, em especial, Francisco (2016, p. 4), cita como exemplo a cidade do Rio de Janeiro, afirmando: "A atual gestão da Prefeitura do Rio de Janeiro, por exemplo, não hesita em divulgar a obtenção do prêmio de *World Smart City*, em 2013, pelo Centro de Operações do Rio, a central de atendimento 1746 e o projeto do Porto Maravilha. Esse tipo de propaganda, por sua vez, atrai o interesse de empresas interessadas para investir em desenvolvimento tecnológico na cidade".

[19] É a lição de Nicole Belloubet-Frier e Gérard Timsit *apud* Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 18), nos seguintes termos: "[...] alude-se à figura de um Estado 'que conduz sua ação pública segundo outros princípios, favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma' [...] aponta-se para o surgimento de uma Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com uma Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade".

RBDFJ51_MIOLO.indd 306 13/02/2025 10:04:47

> compõem os principais meios de disseminação dos serviços urbanos para melhorar a qualidade de vida dos moradores de uma cidade. Além disso, nas áreas urbanas, o uso de TICs e de conjuntos de dados coletados podem ajudar a identificar onde e como mudanças comportamentais poderiam aumentar a sustentabilidade da cidade, retroalimentando a tomada de decisão e auxiliando na melhoria da qualidade dos serviços.[20]

A construção dessas cidades pressupõe uma estratégia, cuja promessa é de mais rapidez e eficiência no acesso aos serviços, com melhora na qualidade de vida dos cidadãos e o desenvolvimento social e econômico mais sustentável. Essa é a grande bandeira das cidades inteligentes, vez que apresentam uma abordagem pragmática para o crescimento, levando em conta questões como ecologia, proteção social, geração de riqueza e equidade social a partir do uso das TICs. Sob esse aspecto, são consideradas ferramentas eficientes no alcance dos objetivos urbanos estabelecidos na Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU)[21] e para a concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11 (cidades e comunidades sustentáveis),[22] e também para a realização da Nova Agenda Urbana (Habitat III).[23]

Projetar e apostar no modelo das cidades inteligentes exige compromisso dos agentes públicos na construção de uma agenda inclusiva, de modo que possa levar em consideração a diversidade de agentes e as diferentes realidades das cidades. Além disso, não basta incorporar as TICs nos serviços urbanos existentes. O desafio é ainda maior. É necessário considerar a interoperabilidade desses serviços, bem como seu devido monitoramento. O progresso das iniciativas de

---

[20] BUETI, Maria Cristina. As TIC e a urbanização sustentável. *In*: Panorama setorial da internet. *Smart cities*, ano 9, n. 12, setembro 2017, p. 10. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf. Acesso em: 05 jun. 2024.

[21] Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em: 05 jun. 2024.

[22] Transcreve-se o item 34 desse documento, em sendo: "Reconhecemos que o desenvolvimento urbano e a gestão sustentáveis são fundamentais para a qualidade de vida do nosso povo. Vamos trabalhar com as autoridades e as comunidades locais para renovar e planejar nossas cidades e assentamentos humanos, de modo a fomentar a coesão das comunidades e a segurança pessoal e estimular a inovação e o emprego. Vamos reduzir os impactos negativos das atividades urbanas e dos produtos químicos que são prejudiciais para a saúde humana e para o ambiente, inclusive através da gestão ambientalmente racional e a utilização segura das substâncias químicas, a redução e reciclagem de resíduos e o uso mais eficiente de água e energia. E vamos trabalhar para minimizar o impacto das cidades sobre o sistema climático global. Vamos também ter em conta as tendências e projeções populacionais nas nossas estratégias de desenvolvimento e políticas urbanas, rurais e nacionais. Temos grande expectativa na próxima Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável em Quito, Equador".

[23] DECLARAÇÃO de Quito sobre Cidades e aglomerados urbanos sustentáveis para todos. Disponível em: http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese.pdf. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 307 13/02/2025 10:04:47

construção das "cidades inteligentes" é um processo a longo prazo, o que acaba por não coincidir com as urgências públicas.

Além do mais, conforme adverte Jess Reia, "cidade inteligente é um daqueles conceitos da moda que incorpora, ao mesmo tempo, múltiplos significados e gera inúmeras polêmicas. O assunto do momento nos círculos de planejamento urbano representa, mais do que tudo, uma narrativa com foco corporativo que busca alcançar uma maior eficiência nas cidades por meio do uso de grandes volumes de dados e vigilância".[24] Esse é um ponto crítico na construção da governança urbana de dados: um modelo corporativo de governança, soluções, agendas e estruturas construídas por empresas privadas de consultoria. Esse ponto será melhor explorado quando da análise da experiência do Município de Niterói/RJ.

Feitas as devidas contextualizações no presente tópico acerca do conceito de "cidades inteligentes", parte-se, na sequência para a análise da denominada "Internet das Coisas", como instrumento de projeção dessas conexões, em uma realidade de hiperconectividade.

3 A Internet das Coisas (*IoT*): interconectividade na governança urbana

Partindo-se da lição de Mônica Mancini, apreenda-se desde logo:

> A Internet das Coisas proporciona aos objetos do dia a dia, com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à internet. Essa conexão viabilizará controlar remotamente os objetos, e acessá-los como provedores de serviços, e se tornarão objetos inteligentes ou *smart objects*. Os objetos inteligentes possuem capacidade de comunicação e processamento aliados a sensores. Atualmente não só computadores convencionais estão conectados à internet, como também uma grande heterogeneidade de equipamentos, tais como TVs, laptops, geladeira, fogão, eletrodomésticos, automóveis, smartphones, entre outros. Nesse novo cenário, a pluralidade é crescente e previsões indicam que mais de 50 bilhões de dispositivos estarão conectados até 2020. Com o uso dos objetos inteligentes será possível detectar seu contexto, controlá-lo, viabilizar troca de informações uns com os outros, acessar serviços da internet e interagir com as pessoas. Em

[24] REIA, Jess. Agenda de cidades inteligentes no Brasil: governança urbana, relações de poder e desafios regulatórios. *In*: REIA, Jess; BELLI, Luca (Org.). *Smart Cities no Brasil*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 20.

RBDFJ51_MIOLO.indd 308 13/02/2025 10:04:47

> paralelo, uma gama de novas possibilidades de aplicações surge, como, por exemplo, cidades inteligentes (*smart cities*); saúde (*smart healthcare*); casas inteligentes (*smart home*) e desafios emergem (regulamentações, segurança, padronizações). Essas novas habilidades dos objetos inteligentes gerarão um grande número de oportunidades de pesquisas e projetos no âmbito acadêmico e empresarial.[25]

No trecho acima trasladado, é possível perceber as possibilidades e promessas da dita "Internet das Coisas" (do inglês, *Internet of Things*, IoT), não só por representar uma verdadeira revolução tecnológica, mas especialmente por apresentar a possibilidade de uma transformação radical em nossas estruturas econômicas e sociais, alterando substancialmente nosso modo de vida.

É também usualmente muito vívida na descrição da *IoT*, a ideia de conectividade (participação) presente no núcleo de entendimento de seus significados. Eduardo Magrani vai além e reforça a perspectiva da "hiperconectividade"[26] quando o assunto é a *IoT*, alimentada por um contexto no qual se tem um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados. Estaria nessa característica seu grande trunfo e também seus freios, de modo a se buscar o permanente equilíbrio entre a evolução tecnológica e a proteção de dados.[27]

Encontrar um conceito para a *internet* das coisas não é tarefa das mais fáceis, não existindo um consenso quanto a isso. De modo genérico, percebe-se a ideia de objetos conectados a uma rede de comunicações (especialmente, à *internet*), de modo a facilitar ações cotidianas.

Atzori e Iera apresentam um conceito mais técnico de *internet* das coisas, afirmando: "A ideia básica desse conceito é a presença generalizada à nossa volta de uma variedade de coisas ou objetos – como *tags* de identificação por radiofrequência (RFID), sensores, atuadores, telefones celulares, etc. – que, por meio de

---

[25] MANCINI, Mônica. *Internet das Coisas*: história, conceitos, aplicações e desafios. 2017. Disponível em: https://pmisp.org.br/documents/acervo-arquivos/241-internet-das-coisas-historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/file. Acesso em: 20 ago. 2024.

[26] Segundo lição de Eduardo Magrani, em sua obra *Internet das Coisas*, de 2018, (p. 21): "O termo *hiperconectividade* foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo hiperconectividade está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-human*, H2H) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M), valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação".

[27] MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

RBDFJ51_MIOLO.indd 309 13/02/2025 10:04:47

esquemas de endereçamento exclusivos, são capazes para interagir uns com os outros e cooperar com outros objetos para alcançar objetivos comuns".[28]

Preferindo um ou outro dos conceitos aqui apresentados, não se pode deixar de considerar que, no imaginário popular, a *IoT* é, usualmente atrelada à ideia de algum eletrodoméstico conectado à *internet*. Isso se dá graças a John Romkey que, em 1990, criou o primeiro dispositivo em *internet* das coisas – uma torradeira que poderia ser ligada e desligada pela Internet – sendo apresentada na *INTEROP '89 Conference*. Nesse mesmo evento, no ano seguinte, Romkey automatizou todo o processo, não só tornando possível ligar e desligar a torradeira pela *internet*, mas também, controlar um guindaste robótico capaz de pegar a fatia de pão e colocá-la na torradeira.[29]

Os tempos são outros e conforme alertado por Maximiliano Martinhão, a internet das coisas é muito mais que uma geladeira conectada capaz de "detectar que o leite acabou e o incluir como item na lista de compras da semana".[30] Segundo referido autor, a internet das coisas, "É a progressiva automatização de setores inteiros da economia e da vida social com base na comunicação máquina-máquina: logística, agricultura, transporte de pessoas, saúde, produção industrial e muitos outros. Para isso, é necessário um ambiente favorável ao acesso de um número cada vez maior de dispositivos".[31]

Interessa ao presente estudo o uso da *IoT* na construção das cidades inteligentes, no que aponta Freitas Dias (2016), citado por Eduardo Magrani (2018):

> *Smart Cities*. Monitoramento estrutural: monitoramento de vibrações e condições dos materiais em edifícios, pontes e monumentos históricos. Energia elétrica: iluminação inteligente e adaptável conforme a rua. Segurança: monitoramento por meio de vídeo digital, gerenciamento de controle de incêndio e sistemas de anúncio público. Transporte: estradas inteligentes com avisos, mensagens e desvios de acordo com as condições climáticas e eventos inesperados como acidentes ou engarrafamentos. Estacionamento: monitoramento em tempo real da disponibilidade de espaços de estacionamento, sendo possível identificar e reservar vagas disponíveis. Gestão de resíduos:

[28] ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. *The internet of things*: a survey. Computer Networks, 2010, p. 47.

[29] MANCINI, Mônica. *Internet das Coisas*: história, conceitos, aplicações e desafios. 2017. Disponível em: https://pmisp.org.br/documents/acervo-arquivos/241-internet-das-coisas-historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/file. Acesso em: 20 ago. 2024.

[30] MARTINHÃO, Maximiliano. "Prefácio". *In*: MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018, p. 15.

[31] MARTINHÃO, Maximiliano. "Prefácio". *In*: MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

RBDFJ51_MIOLO.indd 310 13/02/2025 10:04:47

> detecção de níveis de lixo em recipientes para otimizar a rota de coleta de lixo.[32]

Maria Cristina Bueti reforça o papel da internet das coisas para a construção de cidades mais sustentáveis (ao que chama de *Smart Sustainable Cities*), atentando-se para a necessidade de que se incorpore privacidade e segurança ao seu funcionamento. Além disso, reitera a importância da IoT nas cidades, como vetor de mudança, de modo a se alcançar o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 11, da Agenda 2030 das Nações Unidas. Vejamos:

> Embora as TIC tragam novas ferramentas para um melhor planejamento no nível dos *stakeholders*, o aumento da comunicação participativa entre cidadãos e representantes e a boa execução dos serviços urbanos só podem ser trazidos por um quadro de infraestrutura melhorado que engloba uma extensa rede de dispositivos interconectados, capazes de coordenar suas atividades e de atuar de forma independente com intervenções humanas limitadas. Mais importante ainda, com a ajuda de dispositivos e redes de IoT, as cidades aspirantes a *Smart Sustainable Cities* podem se afastar de silos verticais segregados de provedores de serviços funcionalmente orientados – como os de energia, telecomunicações, água, transporte, saúde e outros –, para se aproximar de novos modelos inovadores, interoperáveis e colaborativos que conectam esses silos, promovendo o compartilhamento de informações, a integração e a colaboração intersetorial para o atendimento aos usuários e a interconexão de sistemas. Além das suas capacidades atuais dentro do ecossistema urbano para a urbanização sustentável, as infraestruturas de IoT devem incorporar privacidade e segurança no seu funcionamento, o que facilitará a aceitação dessa tecnologia e melhorará nossas chances de alcançar os objetivos principais do ODS 11.[33]

A aposta no potencial e nas capacidades da *IoT* é alta e exatamente nessa perspectiva que o Brasil apresentou um plano denominado "Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil"[34] (2017), liderado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em parceria com o Ministério da Ciência,

[32] MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

[33] BUETI, Maria Cristina. As TIC e a urbanização sustentável. *In*: Panorama setorial da internet. *Smart cities*, ano 9, n. 12, setembro 2017, p. 10. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

[34] Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/estudo-internet-das-coisas-iot/estudo-internet-das-coisas-um-plano-de-acao-para-o-brasil. Acesso em: 12 set. 2023.

RBDFJ51_MIOLO.indd 311 13/02/2025 10:04:47

Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC). O estudo teve o objetivo de propor um plano estratégico de ação para o país em *IoT* e encontra-se dividido em quatro grandes fases: Diagnóstico geral e aspiração para o Brasil; Seleção de verticais e horizontais; Aprofundamento e elaboração de plano de ação (2018-2022); e Suporte à implementação.

Quatro verticais foram priorizadas no estudo, em sendo: *IoT* em cidades, *IoT* em saúde, *IoT* Rural e *IoT* Indústria, destacando-se quatro "camadas": (i) camada de dispositivos; (ii) camada de conectividade; (iii) camada de suporte à aplicação; e (iv) camada de segurança.

É necessário um choque de realidade. Nunca estivemos tão conectados, mas é indispensável reconhecer que falta um longo caminho para que as tecnologias necessárias à concretização das camadas acima pontuadas sejam devidamente implementadas. É preciso vontade política e recursos financeiros, pessoal especializado e uma infraestrutura em muitas partes desse imenso país, inexistentes. Necessário ainda, identificar e mapear a grande massa que ainda segue desconectada.[35]

O Plano de Ação de *IoT* para o Brasil é, de fato, um primeiro passo em relação a um futuro mais competitivo, com mais qualidade de vida para a população. Exigirá uma construção colaborativa não só dos atores primários que parecem, em um primeiro olhar, ditar as regras do jogo. Será necessária uma coletividade (e uma multidisciplinaridade) de agentes diretamente comprometida com as realidades de cada localidade. O progresso da pauta *IoT* no Brasil se faz premente, com a expectativa de surgimento de novos negócios. Pensar a *IoT* somente sob um viés neoliberal de empreendedorismo e desburocratização, alimenta a dependência de aplicativos e modelos propostos pelo mercado e não soluções que deveriam nascer na inovação no seio do próprio poder público.

No próximo tópico, a teoria se junta à prática com um olhar sobre a realidade do Município de Niterói/RJ, ranqueada como a quinta cidade mais inteligente do Brasil.

4 Niterói/RJ: a quinta cidade mais inteligente do Brasil

Em setembro de 2023, ocorreu a divulgação dos resultados da 9ª edição do "*Ranking Connected Smart Cities* 2023", que mapeou 680 Municípios brasileiros

[35] A nova edição da pesquisa "TIC domicílios", lançada em novembro de 2023, pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), mostrou que 84% das residências brasileiras estão conectadas à *internet* e que 92 milhões de brasileiros acessam a *internet* apenas por telefone celular. Pesquisa disponível em: https://cetic.br/pt/noticia/92-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet-apenas-pelo-telefone-celular-aponta-tic-domicilios-2022/. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 312 13/02/2025 10:04:47

com mais de cinquenta mil habitantes, de modo a apresentar as cidades mais inteligentes e conectadas do país.[36] Com base em onze eixos temáticos que levam em consideração indicadores tais como "Empreendedorismo", "Urbanismo", "Governança", "Mobilidade", "Segurança", "Meio Ambiente" e "Tecnologia e Inovação", Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, alçou a quinta posição, o que foi amplamente comemorado pelas autoridades locais, fruto de uma agenda de inovação construída desde 2013, via Plano Estratégico "Niterói que queremos 2013-2033".[37]

Referido Plano se pautou "[...] como uma de suas estratégias fundamentais a transformação de Niterói em uma cidade inteligente, com ampla conectividade por meio da democratização do acesso à internet, da melhoria da infraestrutura tecnológica, da disponibilização de dados para análise e elaboração de políticas públicas e da produção de conteúdos e aplicativos que aprimorem o trabalho interno e a prestação de serviços aos cidadãos".[38]

Percebe-se que esse viés demonstra, conforme reflexões de Morozov e Bria, uma perspectiva normativa da noção de cidade inteligente, pautada em "[...] esforços de longo prazo para a implementação de tecnologias voltadas para o alcance de metas políticas ambiciosas e universalmente aceitas, como o incentivo à participação política dos cidadãos comuns; o auxílio na personalização de serviços públicos e a desburocratização de governos nacionais e locais; e a criação de ambientes urbanos mais agradáveis e menos discriminatórios capazes de estimular o crescimento econômico, reduzir tensões e promover criatividade e as descobertas inesperadas".[39] [40]

Antes de qualquer outra reflexão, o que nos chama atenção, em primeiro plano, não são os esforços do Município de Niterói rumo a uma cidade mais inclusiva, democrática e sustentável (o que é legítimo) e sim, o próprio sistema de ranqueamento que a coloca como quinta cidade mais inteligente do Brasil. O *Connected Smart Cities* é realizado e organizado pela NECTA, conforme se percebe

[36] *Ranking* disponível para acesso: https://ranking.connectedsmartcities.com.br/. Acesso em: 02 jun. 2024.

[37] Conforme notícia publicada na ocasião, no sítio público do Município de Niterói/RJ e disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/09/04/connect-smart-cities-2023-niteroi-fica-em-5o-no-ranking-geral-e-1o-na-categoria-governanca/#:~:text=Niter%C3%B3i%20ficou%20em%201%C2%BA%20lugar,o%20primeiro%20na%20categoria%20Governan%C3%A7a.. Acesso em: 02 jun. 2024.

[38] Disponível em: https://www.cienciaetecnologia.niteroi.rj.gov.br/c%C3%B3pia-ecossistema. Acesso em: 02 jun. 2024.

[39] MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente* – Tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu, 2019, p. 27.

[40] Essa perspectiva se confirma, na medida que a Secretaria de Ciência e Tecnologia de Niterói/RJ reitera como seus valores, "Ciência e Inovação como base do desenvolvimento econômico, transparência e integridade, excelência na prestação dos seus serviços, fortalecimento do Ecossistema de Inovação, respeito a diversidade e inclusão, difusão do conhecimento científico, responsabilidade social e sustentabilidade" (Disponível em: https://www.cienciaetecnologia.niteroi.rj.gov.br/about-1. Acesso em: 1º jun. 2024).

RBDFJ51_MIOLO.indd 313 13/02/2025 10:04:47

no sítio público daquela na *internet*.[41] Ao se buscar pelo *site* da NECTA, no *link* "sobre", quase nenhuma informação se tem sobre a mesma, a não ser mensagens como "Somos uma equipe horizontal, conectada, digital e ágil, com foco no resultado. Temos todos os recursos que precisamos para desenvolver nossos projetos: profissionais de marketing, comercial, comunicação, designer, web, mídia social, pesquisa e estratégia".[42] Conclui-se pelas propostas e eventos que organiza, tratar-se de uma empresa de consultoria.

A Plataforma *Connected Smart Cities* dá um panorama melhor do cenário sob o qual se encontra as dinâmicas que envolvem o conceito de "cidades inteligentes". Ali existem vários "canais" de acesso que envolvem cursos e soluções sob medida para a construção de cidades mais inteligentes. Alguns desses canais, "evento csc", "ranking csc", "selo csc" e "prêmio csc", traduzem bem o espírito e interesses por trás desses agentes privados que estão conduzindo o ambiente *smart*. Selos e ranqueamentos conduzidos por atores privados dão o tom de uma governança que coloca o agente público em segundo plano, por mais que pretensamente se pretenda uma consultoria individualizada e feita sob medida para as cidades.

A economista Mariana Mazzucato, em sua mais recente obra "A grande falácia – Como a indústria da consultoria enfraquece as empresas, infantiliza governos e distorce a economia", reflete: "Na verdade, há um lugar para as consultorias na nossa economia. A assessoria e a capacidade das consultorias são produtivas quando vêm dos bastidores, fornecidas por agentes capazes, dotados de conhecimento genuíno e que gera valor. O problema não é o ato de fornecer consultoria nem as intenções dos consultores, que frequentemente esperam efetuar mudança através de seus papéis, e sim o crescimento constante dessa indústria, que faz com que seu lugar passe dos bastidores para o centro do palco".[43]

É também o alerta de Jess Reia ao afirmar que "a agenda tecnopolítica da cidade inteligente já é uma realidade no Brasil, com uma proliferação de rankings, exposições patrocinadas por empresas, legislação pertinente e políticas públicas *top-down* de iniciativas inteligentes impulsionadas pelo setor privado – especialmente por meio de empresas de consultoria –, com poucas exceções que levam em conta participação social e interesse público".[44]

[41] Conforme disponível em: https://connectedsmartcities.com.br/. Acesso em: 03 jun. 2024.
[42] Conforme informação disponível em: https://nectainova.com.br/sobre/. Acesso em: 13 set. 2023.
[43] MAZZUCATO, Mariana; COLLINGTON, Rosie. *A grande falácia* – Como a indústria da consultoria enfraquece as empresas, infantiliza governos e distorce a economia. São Paulo: Portfolio-Penguim, 2024, p. 19.
[44] REIA, Jess. Agenda de cidades inteligentes no Brasil: governança urbana, relações de poder e desafios regulatórios. *In*: REIA, Jess; BELLI, Luca (Org.). *Smart Cities no Brasil*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 25.

RBDFJ51_MIOLO.indd 314 13/02/2025 10:04:47

Evgeny Morozov e Francesca Bria, apontando para fundações, exposições e empresas de consultoria ("instituições intermediárias"), as denominaram de "damas de companhia do liberalismo da *smart city*", refletindo:

> Ainda que situado frequentemente na periferia do discurso da *smart city*, um conjunto de agentes que não são nem governos locais nem empresas de tecnologia tem exercido influência considerável no tom da discussão ao apoiar a cobertura midiática contínua dada às *smart cities* e ao criar uma vasta coleção de rankings sobre vários aspectos do modo *smart* para encorajar cidades a competir umas contra as outras. Nem todos esses agentes têm interesses explicítos nas *smart cities* – alguns foram atraídos a elas indiretamente ao perseguir outros objetivos políticos. Ao perceber as oportunidades surgidas pela reestruturação em curso de governos locais, a maioria das empresas de consultoria fundou seus próprios departamentos e institutos voltados a resolver os problemas das cidades. [...] essas instituições intermediárias são responsáveis por dar ao assunto um matiz neoliberal particular.[45]

Essa lógica se observa e se replica na experiência de Niterói/RJ.

Em maio de 2023, a *Bloomberg Philanthropies*, organização não governamental que seria um "braço" filantrópico da *Bloomberg L. P*, selecionou a Prefeitura de Niterói para o programa "City Data Alliance", "iniciativa que destaca o trabalho de armazenamento, análise e uso de dados na gestão pública em cidades das Américas do Norte e do Sul".[46] Segundo notícia postada no sítio público do Executivo municipal, "[...] a cidade foi escolhida por ser um 'exemplo de ambição e avanço no aproveitamento de dados'". A convite da empresa, o prefeito Axel Grael, esteve em Baltimore, nos Estados Unidos, para a abertura do programa. Todas as despesas foram custeadas pela *Bloomberg Philanthropies*.[47]

Fundada em 1981, por Michael Bloomberg, a *Bloomberg L. P.*, em seu sítio público no Brasil, se descreve como: "Além de sermos uma empresa global de informações financeiras e notícias, também investimos em programas importantes de filantropia para melhorar a qualidade de vida ao redor do mundo e temos uma força de trabalho diversa e inclusiva".[48] Ainda sobre sua missão, reitera que, "esta

[45] MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente* – Tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu, 2019, p. 44.

[46] Notícia disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/05/17/niteroi-e-destaque-em-programa-da-bloomberg-dedicado-a-boas-iniciativas-do-uso-de-dados-na-gestao-publica/. Acesso em: 05 jun. 2024.

[47] Notícia disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/05/17/niteroi-e-destaque-em-programa-da-bloomberg-dedicado-a-boas-iniciativas-do-uso-de-dados-na-gestao-publica/. Acesso em: 05 jun. 2024.

[48] Conforme disponível em: https://www.bloomberg.com.br/sobre-a-bloomberg/. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 315 13/02/2025 10:04:47

última década teve um crescimento ainda maior e mais rápido, com inovações tecnológicas que continuam fazendo o Terminal Bloomberg ser a melhor escolha para profissionais que buscam dados, análises e notícias de alta qualidade e em tempo real".

O Brasil é país de interesse das grandes empresas de tecnologia, uma vez que nosso mercado consumidor rapidamente abraça produtos e serviços oferecidos pelo mercado *tech*. Decerto que não é caso de se desenvolver verdadeira aversão à inovação e ao avanço tecnológico, mas o que se propõe é, ao menos, a reflexão a respeito dos interesses que estão por detrás de uma empresa de dados que demonstra "vocação" para investir em projetos de cidades inteligentes brasileiras.

Alheia a tais aprofundamentos, Niterói/RJ segue seu projeto desenhado há mais de dez anos. A Secretária Municipal de Planejamento, Orçamento e Modernização da Gestão, Ellen Benedetti, fez recentemente um balanço da transformação digital do município ao longo desse período: "A gente discute a transformação digital de Niterói desde 2013, a partir do 'Plano Niterói Que Queremos'. Começamos com o processo do *e*-cidades, quando a gente unificou os protocolos da cidade, a gestão orçamentária, patrimonial e contábil. Hoje conseguimos oferecer serviços digitais para a população. Isso passa por ter um sistema de georreferenciamento (SIGeo), um Processo Eletrônico e outros instrumentos que se conectam. Para nós é motivo de orgulho o avanço que Niterói tem hoje".[49] Esses planos, que incluem iniciativas como o Portal de Serviços, o *DataNit* e o Laboratório de Inovação e a Escola de Governo e Gestão, fazem parte da "Estratégia de Governo Digital (EGD)" e do "Plano de Cidade Inteligente", sustentado no propósito comum do discurso "de tornar a administração pública mais eficiente, ágil e inclusiva, por meio da transformação digital e da tecnologia".[50]

Concretamente, o discurso da Secretária Municipal de Fazenda, Marília Ortiz, também chama atenção, ao afirmar que os planos que compõem a EGD "[...] são elaborados de maneira colaborativa entre os servidores de diferentes órgãos da Prefeitura e parceiros externos, feitos sob medida para a realidade de Niterói". E ainda: "Niterói se destaca como uma cidade aberta à inovação. Nosso conceito é ter um governo digital para os cidadãos. No caso da Secretaria de Fazenda, o objetivo é trabalhar de forma transparente, participativa e ágil para os cidadãos. Temos iniciativas importantes como o Banco de Linguagem Simples e o Educa Fisco, que é o programa de educação fiscal no *Youtube*. Hoje temos 53 serviços ao cidadão

[49] Disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/02/02/prefeitura-de-niteroi-lanca-plano-de-cidade-inteligente-humana-e-sustentavel/. Acesso em: 05 jun. 2024.

[50] Disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/02/02/prefeitura-de-niteroi-lanca-plano-de-cidade-inteligente-humana-e-sustentavel/. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 316 13/02/2025 10:04:47

no Portal de Serviços da Prefeitura, assim como os *totens* de autoatendimento na sede da secretaria que, entre outras coisas, permitem ao cidadão emitir a segunda via do IPTU. Tivemos uma redução de 71% em três anos nos atendimentos presenciais no Centro de Atendimento ao Consumidor (CAC) em razão do avanço dos serviços digitais".[51]

A fala acima replicada merece atenção, na medida em que o gestor público necessita recorrentemente voltar seu olhar para a população como um todo e não para determinados nichos e determinadas finalidades. De fato, todo o avanço na construção da inovação fiscal está à margem da população mais pobre, que nem contribuinte é, estando alheia a esse tipo de inovação. A inovação em nome do aumento da arrecadação só a alcança se projetos sociais e políticas de inclusão a considerarem.

A inovação tecnológica melhora a qualidade de vida e acesso da população a serviços públicos, mas se impõe refletir quanto aos riscos e dificuldades inerentes a esse cenário. O acesso à *internet* e aos aplicativos de inclusão nos serviços públicos deve ser tratado como questão de infraestrutura, de modo que as desigualdades sociais não excluam a população mais necessitada. O Município de Niterói tem se empenhado em construir espaços de acessibilidade, em especial acesso à redes de internet (*wi-fi*) em praças e locais públicos.[52] Esses acessos permitem um trânsito de dados incessante que fragiliza os cidadãos, na medida em que capta informações, preferências e comportamentos. A confiança cega nos aplicativos e na construção de cidades mais conectadas, deixa de lado questionamentos quanto ao universo neoliberal onde se assenta toda a lógica de desenvolvimento do tema. Também fica em segundo plano a dependência de tecnologias apresentadas pelo mercado como solução e único caminho a se seguir. O Poder Público se torna refém do "tecnosolucionismo".[53]

A crise pandêmica provocada pela Covid-19 aprofundou ainda mais essa dependência e o solucionismo tecnológico.

O Município de Niterói não ficou imune às tendências e emergências da crise pandêmica, fazendo uso de aplicativos e de sua infraestrutura e recursos tecnológicos para dar respostas à crise sanitária. O principal instrumento, até hoje utilizado (inclusive para consultas públicas referentes à Lei Urbanística[54] e criação de novos parques ambientais), é o COLAB, que fez seu *debut* nos tempos da pandemia de Covid-19, auxiliando na marcação da vacinação em massa.

---

[51] Disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/02/03/niteroi-apresenta-iniciativas-de-transformacao-digital-no-conlestech/. Acesso em: 05 jun. 2024.

[52] Conforme notícia disponível em: https://www.guiadeniteroi.com/niteroidigital/. Acesso em: 05 jun. 2024.

[53] André Ramiro e Mariana Canto (2021, p. 138), a respeito do denominado "tecnosolucionismo", advertem: "Hoje, o rápido avanço das tecnologias digitais e da sua presença em centros urbanos, alinhado com o atual cenário de crise trazido pelo coronavírus, incentiva, a lógica do tecnosolucionismo, que busca oferecer respostas rápidas e simplistas a questões complexas e multifacetadas".

[54] Conforme ampla divulgação disponível em: https://www.niteroi.rj.gov.br/2023/08/04/prefeitura-de-niteroi-abre-consulta-publica-online-sobre-a-lei-urbanistica/. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 317 13/02/2025 10:04:48

Nesse cenário, registrem-se as indispensáveis reflexões de André Ramiro e Mariana Canto, ao pontuarem:

> O repertório de soluções para o enfrentamento à pandemia da Covid-19, consequentemente, sugere novas camadas de funcionalidades para lógica pré-existente de monitoramento contínuo de dados dos cidadãos no contexto urbano. Reaproveita-se a infraestrutura, os recursos tecnológicos e o extenso leque de aplicações cujas funcionalidades residem nas capacidades de extrair informações e estabelecer padrões comportamentais e de saúde. Celulares, dispositivo-chave nas soluções de combate à pandemia, registram múltiplas atividades e coletam, enquanto rotina, ligações, mensagens de texto, aplicativos usados em um mesmo dispositivo, localização, lista de contatos, histórico de chamadas, cliques e possíveis associações pessoais, podendo compartilhar informações com parceiros comerciais e com agências governamentais. E assim, ao tempo em que são receptores de soluções à crise, potencializam, as chances de monitoramento das coletividades, incluindo minorias e dissidentes políticos.[55]

Na página da COLAB, a mesma se apresenta como "uma startup que nasceu em 2013 com o objetivo de gerar uma gestão pública colaborativa mais eficiente e transparente, conectando os cidadãos às prefeituras, a fim de solucionar os problemas das cidades, indo de encontro à vontade dos cidadãos de participar das tomadas de decisões das prefeituras".[56] O discurso dessa empresa, que disponibiliza por meio de seu aplicativo serviços de "Zeladoria Colaborativa", "Consultas Públicas", "Agendamento de Vacina" e "IPTU digital", reforça o cenário até aqui desenvolvido, no qual o mercado apresenta ao gestor público soluções mais eficientes, "[...], que ganha a confiança do cidadão, o tornando um agente da transformação que engaja cada vez mais e colabora com a construção de uma cidade melhor".[57]

Esse verdadeiro movimento pendular da inovação, ora trazendo melhoria das condições de vida nas cidades, ora fragilizando os atores que se utilizam desses serviços, é tema merecedor de cada vez mais pesquisas e incessante ponderação.

Em maio de 2024, em uma parceria construída junto a ONU-Habitat e o centro de pesquisa *InternetLab*, a Prefeitura de Niterói lançou o "Guia de Direitos Digitais em Governos Locais – Um guia para serviços públicos digitais mais humanizados"

[55] RAMIRO, André; CANTO, Mariana. Rastros urbanos e a Covid-19: economia, políticas de vigilância e tecnologias de monitoramento. *In*: REIA, Jess; BELLI, Luca (Org.). *Smart Cities no Brasil*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 133.

[56] Conforme disponível em: https://www.colab.com.br/somos-colab. Acesso em: 05 jun. 2024.

[57] Conforme disponível em: https://www.colab.com.br/somos-colab. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 318 13/02/2025 10:04:48

que, "se destina a todas as pessoas entusiastas de temas de tecnologia, inovação e serviços digitais. Em especial, se relaciona diretamente com equipes da gestão pública que atuam em governos locais e buscam ferramentas e informações para fortalecer agendas digitais em seus territórios".[58] Em referido guia, reforça seu compromisso com a construção de "cidades inteligentes pautadas em pessoas" e chama atenção para a preocupação central deste trabalho quanto à governança, afirmando que, "as cidades inteligentes exigem uma governança eficaz, com um papel ativo do governo liderando a tecnologia e o uso de dados - estabelecendo quadros de colaboração claros com o setor privado e criando mecanismos para a participação das comunidades".[59]

Como dissemos nas primeiras linhas deste estudo, não se trata de frear o avanço e a inovação. Trata-se de inovar com pensamento crítico, com cada ator envolvido ciente de seu papel, das suas responsabilidades e dos riscos que envolvem essa inovação.

5 Considerações finais

O presente estudo pretendeu um olhar sobre as narrativas em torno do conceito de "cidades inteligentes", seus principais conceitos e referenciais, suas perspectivas para o futuro, bem como o uso da "Internet das Coisas" (*Internet of Things* – IoT) como instrumento de implementação desse modelo. Pretendeu-se ainda, um olhar sobre a experiência do Município de Niterói/RJ, ranqueada como a quinta cidade mais inteligente do Brasil.

Pensar em "cidades inteligentes" é, acima de tudo, pensar nas cidades que queremos viver. Falar em "cidades inteligentes" é ter por referencial os moradores dessas cidades e em nome deles se lançar em busca de soluções para a construção de um espaço mais sustentável e com mais qualidade de vida. Não se pode, em nenhuma circunstância, pensar nos projetos das *smart cities*, com objetivos dissociados dos ideais de seus cidadãos e distantes das estruturas postas à disposição. Na prática, a preocupação em se construir cidades inteligentes não tem como premissa se alcançar objetivos de uma agenda internacional (ODS 11 da ONU, por exemplo) e sim, a de tornar agradável a experiência de se viver em cidades cada vez mais povoadas e intransitáveis.

Muito tem-se dito acerca do impacto econômico da *internet* das coisas tanto na economia mundial (estima-se que será algo em torno de 3,9 a 11,1 trilhões por ano

[58] Guia disponível em: https://governodigital.niteroi.rj.gov.br/wp-content/uploads/2024/05/Guia-de-Direitos-Digitais.pdf. Acesso em: 05 jun. 2024.

[59] Guia disponível em: https://governodigital.niteroi.rj.gov.br/wp-content/uploads/2024/05/Guia-de-Direitos-Digitais.pdf. Acesso em: 05 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 319 13/02/2025 10:04:48

em 2025, significando 11% da economia mundial) e mesmo na economia brasileira (a projeção é de que a IoT movimente 10% do PIB brasileiro). Decerto que é necessário reconhecer que a IoT traz maior conveniência, melhores produtos e serviços e, portanto, criará cada vez mais oportunidades de projetos às empresas. A tecnologia digital é, de fato, parte da estratégia empresarial, apesar de se dizer feita sob medida para o gestor público, impulsionando, em verdade, modelos de gestão e de negócios que partem do ator privado. Faz-se necessário reconhecer no avanço tecnológico uma fonte de vantagem competitiva, desde que devidamente alimentada pela coesão entre atores públicos e privados. Nessas bases, com as ferramentas adequadas e com as perguntas corretas, projetos eficazes só serão palpáveis com a devida inclusão, regulação e na construção de uma governança que não fragilize os cidadãos, tornando-os instrumento de políticas de vigilância e técnicas de monitoramento.

Há um longo caminho a ser percorrido, vez que existe uma questão estrutural a ser enfrentada, de modo a se ampliar não só o acesso à *internet*, mas também ao conhecimento, à maturidade e a reflexão acerca de boas intenções em meio a um jogo em que o mercado ainda dá as cartas.

Data governance in the construction of smart cities: the experience of Niterói/RJ

Abstract: In the information society, the so-called "smart cities" are the ideal way to label these cities as centers of innovation, under the banner of democratic and sustainable management. This "propaganda" attracts investors and promotes the feeling that such cities are inclusive and increasingly dialogic regarding the needs of their residents. Information and Communication Technologies (ICTs) have their greatest supporter and user in the public sector, being indispensable instruments for greater effectiveness in the provision of public services and in the construction of more participatory management. Faced with a universe of probabilities, many challenges emerge and require reflections regarding standardization, security and regulation. This article intends to focus on the risks of the uses of new technologies in the construction of these cities, starting from a deductive method, using as a research technique the bibliographic reference present in the lessons of Morozov & Bria (2019) and Reia (2021), as well as an exploratory methodology, with a look at the experience of the Municipality of Niterói/RJ, ranked as the fifth smartest city in Brazil.

Keywords: Smart cities. Risks. Niterói/RJ.

Summary: **1** Introduction – **2** Smart cities: concepts, perspectives and difficulties – **3** The Internet of things (IoT): Interconnectivity in urban governance – **4** Niterói/RJ: the fifth smartest city in Brazil – **5** Conclusion – References

Referências

ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. *The internet of things*: a survey. Computer Networks, 2010.

BNDES. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Internet das coisas*: um plano de ação para o Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok. Acesso em: 03 jun. 2024.

RBDFJ51_MIOLO.indd 320 13/02/2025 10:04:48

BRIGGS, A.; BURKE, P. *Uma história social da mídia*: de Gutemberg à Internet. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BUETI, Maria Cristina. As TIC e a urbanização sustentável. *In*: Panorama setorial da internet. *Smart cities*, ano 9, n. 12, setembro 2017. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

DUARTE, Fábio. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. Dando ouvidos aos dispositivos: como resolver controvérsias em um debate sobre cidades inteligentes. *In*: *Anais do II Encontro Internacional Tecnologia, Comunicação e Ciência Cognitiva*. Volume 2, Número 1, Ano 2016.

GIMENEZ, T. A formação de professores de inglês: desafios da próxima década. *In*: *Southern EFL Teacher's Association Conference 3*, 2000, Florianópolis.

KOMNINOS, Nicos. *Intelligent Cities*: innovation, knowledge systems and digital spaces. London: Routledge, 2002.

MACAYA, Javiera F. Medina. *Smart cities*: tecnologias de informação e comunicação e o desenvolvimento de cidades mais sustentáveis e resilientes. *In*: Panorama setorial da internet. *Smart cities*, ano 9, n. 12, setembro 2017. Disponível em: https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MANCINI, Mônica. *Internet das Coisas*: história, conceitos, aplicações e desafios. 2017. Disponível em: https://pmisp.org.br/documents/acervo-arquivos/241-internet-das-coisas-historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/file. Acesso em: 20 ago. 2024.

MARTINHÃO, Maximiliano. "Prefácio". *In*: MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MAZZUCATO, Mariana; COLLINGTON, Rosie. *A grande falácia* – Como a indústria da consultoria enfraquece as empresas, infantiliza governos e distorce a economia. São Paulo: Portfolio-Penguim, 2024.

MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente* – Tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu, 2019.

RAMIRO, André; CANTO, Mariana. Rastros urbanos e a Covid-19: economia, políticas de vigilância e tecnologias de monitoramento. *In*: REIA, Jess; BELLI, Luca (Org.). *Smart Cities no Brasil*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

REIA, Jess. Agenda de cidades inteligentes no Brasil: governança urbana, relações de poder e desafios regulatórios. *In*: REIA, Jess; BELLI, Luca (Org.). *Smart Cities no Brasil*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

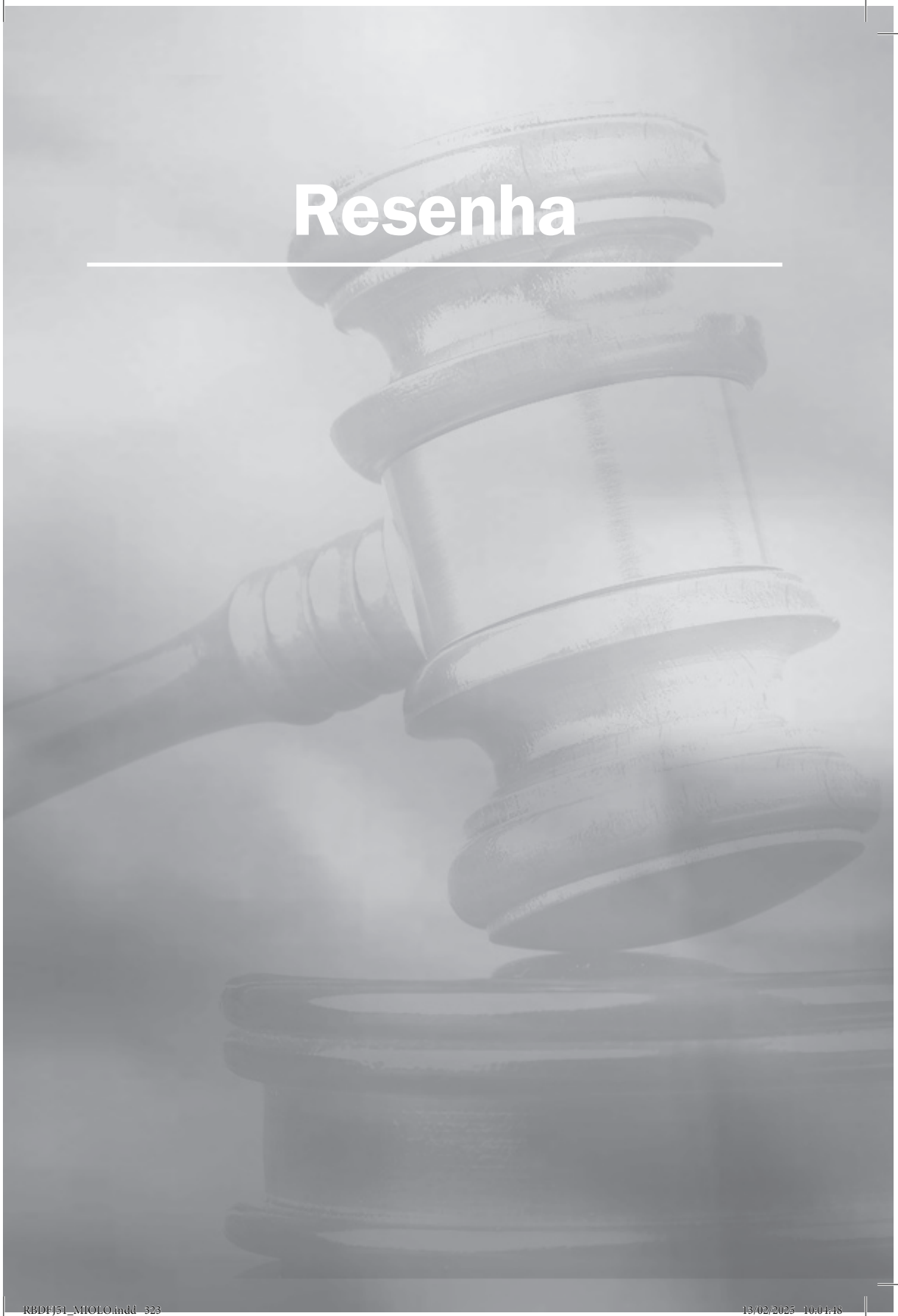
SILVA, Daniela Juliano. A governança de dados na construção das cidades inteligentes: a experiência do município de Niterói/RJ. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 301-321, jul./dez. 2024.

Recebido em: 22.07.2024
Pareceres: 14.09.2024, 17.09.2024
Aprovado em: 18.09.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 321 13/02/2025 10:04:48

RBDFJ51_MIOLO.indd 322 13/02/2025 10:04:48

Resenha



RBDFJ51_MIOLO.indd 324 13/02/2025 10:04:48

THE COLLABORATIVE CONSTITUTION – AILEEN KAVANAGH

Carlos Alberto Molinaro

Doutor em Direito. Professor Emérito da PUCRS. Advogado Jubilado pela OABRS. *E-mail*: carlosalbertomolinaro@gmail.com.

Resumo: Resenha do livro "The Collaborative Constitution", de Aileen Kavanagh.

Palavras-chave: Abordagem colaborativa. Governança constitucional.

Sumário: **I** Introdução – **II** Breve percurso panorâmico da obra – **III** A visão colaborativa da Constituição – **IV** Conceito de constitucionalismo colaborativo e a investigação politemática da obra – **V** Méritos e insuficiências – **VI** Considerações finais – **VII** Glossário de termos-chave – Referências

I Introdução

> *A good book does reward you for trying to read it. The best books reward you most of all. The reward, of course, is of two kinds. First, there is the improvement in your reading skill that occurs when you successfully tackle a good, difficult work. Second – and this in the long run is much more important – a good book can teach you about the world and about yourself. You learn more than how to read better; you also learn more about life. You become wiser. Not just more knowledgeable – books that provide nothing but information can produce that result. But wiser, in the sense that you are more deeply aware of the great and enduring truths of human life.*[1]

[1] Mortimer J. Adler. How to Read a Book: The Classic Guide to Intelligent Reading. EPUB, New York: Simon it Schuster, Inc., 1972, pos. 348. ("Um bom livro realmente recompensa quem se esforça para lê-lo. Os melhores livros recompensam ainda mais. A recompensa, claro, é de dois tipos. Primeiro, há a melhoria na sua habilidade de leitura que acontece quando você enfrenta com sucesso uma obra boa e desafiadora. Segundo — e a longo prazo isso é muito mais importante — um bom livro pode ensinar sobre o mundo e sobre você mesmo. Você aprende mais do que apenas ler melhor; você também aprende mais sobre a vida. Você se torna mais sábio. Não apenas mais informado — livros que oferecem apenas informação podem fazer isso. Mas, mais sábio, no sentido de estar mais profundamente consciente das grandes e duradouras verdades da vida humana". Trad. livre).

RBDFJ51_MIOLO.indd 325 13/02/2025 10:04:48

O livro "The Collaborative Constitution" de Aileen Kavanag,[2] editado pela Cambridge University Press em 2023, propõe uma exploração instigante do direito constitucional através da perspetiva da colaboração. Com 509 páginas, esta obra faz parte da prestigiada série Cambridge Studies in Constitutional Law e proporciona uma análise abrangente que é simultaneamente oportuna e essencial para docentes, discentes, juristas e estudiosos do direito constitucional.

A autora defende uma mudança de paradigma na forma como entendemos o constitucionalismo, realçando a *dimensão da colaboração entre vários atores dentro do quadro constitucional*. Kavanagh critica as visões tradicionais que frequentemente retratam o direito constitucional como um conjunto rígido de regras que são aplicadas por uma autoridade exclusiva. Contrariamente, defende que uma abordagem colaborativa promove um sistema legal mais dinâmico e reativo, com capacidade de adaptação às complexidades da governação moderna.

Trata-se de um livro meticulosamente estruturado, apresentando uma panorâmica histórica do desenvolvimento constitucional e da evolução das práticas de colaboração. Kavanagh percorre com habilidade vários estudos de caso e quadros jurídicos, ilustrando a forma como a colaboração tem sido implementada em diferentes jurisdições. As suas análises são ricas em exemplos, o que as torna acessíveis, ao mesmo tempo que se debruçam sobre teorias jurídicas mais sofisticadas.

Um dos pontos de destaque do trabalho de Kavanagh é a sua abordagem interdisciplinar. A autora recorre à teoria política, à sociologia e aos estudos jurídicos, proporcionando uma visualização integral da constituição colaborativa. Esta amplitude de perspetiva não só contribui para enriquecer o discurso, como também convida os leitores a considerarem as implicações da colaboração para além dos textos jurídicos, estendendo-se aos domínios da política pública e do envolvimento cívico.

A redação de Kavanagh é muito clara e persuasiva, tornando ideias complexas compreensíveis sem sacrificar a profundidade. A competência de Kavanagh para se envolver em conceitos teóricos e aplicações práticas é notável, e argumenta com precisão que a colaboração pode melhorar a legitimidade democrática e a responsabilização. O livro também aborda os potenciais desafios e críticas do constitucionalismo colaborativo, demonstrando o profundo conhecimento da autora sobre o assunto.

[2] Aileen Kavanagh é uma proeminente professora de direito constitucional, ocupando hoje a posição de Professora de Governação Constitucional no Trinity College de Dublin. Além disso, é diretora do Trinity Centre for Constitutional Governance. A pesquisa de Kavanagh centra-se na interpretação constitucional e no papel dos tribunais na governação democrática, com publicações significativas, nomeadamente "The Collaborative Constitution", e vários artigos nas principais revistas jurídicas. Recebeu vários prêmios, incluindo o British Academy Midcareer Research Fellowship e o Erasmus+ Award.

RBDFJ51_MIOLO.indd 326 13/02/2025 10:04:48

II Breve percurso panorâmico da obra

A *introdução* de *The Collaborative Constitution*, intitulada "O Chamado à Colaboração", apresenta a tese central do livro: o constitucionalismo colaborativo é uma *prática* e um *princípio* fundamental para democracias constitucionais eficazes.

O cerne do argumento de Kavanagh reside na ideia de que a proteção e a promoção de direitos não devem ser vistas como uma batalha entre tribunais e legislativos. Em vez disso, os três ramos que envolvem a governação – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – devem ser entendidos como parceiros nesse empreendimento.

A introdução descreve a estrutura do livro, dividida em quatro partes:

- **Parte I: Instituições e Interações:** Explora as bases teóricas do constitucionalismo colaborativo, desafiando a narrativa tradicional que coloca tribunais contra legislativos.
- **Parte II: Direitos na Política:** Examina o papel proeminente do Executivo e do Legislativo na proteção de direitos, analisando como esses ramos interagem no sistema de Westminster.[3]
- **Parte III: Juiz como Parceiro:** Argumenta que, em vez de serem vistos como os guardiões finais dos direitos, os juízes devem ser entendidos como parceiros em um empreendimento colaborativo.
- **Parte IV: Legislativos Responsivos:** Aborda o papel dos governos e legislativos na resposta a decisões judiciais sobre direitos, particularmente em sistemas de "revisão de forma fraca".

Kavanagh enfatiza a natureza dupla do conceito de "constituição colaborativa". É tanto uma descrição da prática constitucional contemporânea quanto um ideal normativo para democracias constitucionais. O livro se baseia em exemplos concretos, utilizando o Reino Unido como um estudo de caso particularmente revelador da prática colaborativa em ação.

A introdução conclui destacando a importância das normas constitucionais informais e não codificadas para o bom funcionamento de qualquer democracia constitucional. O sucesso a longo prazo depende da saúde das relações de trabalho entre os diferentes ramos do governo, relações essas construídas sobre as bases da cortesia, colaboração e respeito mútuo.

A *Parte I* de "A Constituição Colaborativa", intitulada "Instituições e Interações", critica as abordagens tradicionais para a proteção de direitos, como o

[3] Em Westminster se abriga o Parlamento do Reino Unido. No capítulo 5, *Lesgislando para os Direitos*, a autora vai demonstrar como as propostas de projectos legislativos do Governo entram no Parlamento para análise, deliberação e debate. Nesse sentido propõe a metáfora de passar "de Whitehall para Westminster", ou seja, do Executivo (*Whitehall*) para o Legislativo (p. 150; nota do resenhista).

RBDFJ51_MIOLO.indd 327 13/02/2025 10:04:48

maniqueísmo e a teoria do diálogo, e apresenta a proposta central do livro: a "constituição colaborativa".

- Capítulo 1: "Constitucionalismo Além do Maniqueísmo" – Este capítulo argumenta que a dicotomia tradicional entre tribunais e legislativos na proteção de direitos, frequentemente retratada como uma "batalha" ou "choque de titãs",[4] é inadequada e simplista. Em vez de ver os tribunais como heróis e o legislativo como vilões (ou vice-versa), o livro propõe uma abordagem mais matizada, argumentando que todos os ramos do governo são "*alternativas imperfeitas*" com a responsabilidade compartilhada de proteger os direitos. O capítulo examina a influência da narrativa "maniqueísta", que enquadra o debate em termos de "tribunais *versus* legislativo" ou "constitucionalismo político *versus* jurídico". O capítulo argumenta que essa abordagem, focada em identificar "heróis *versus* vilões" e "bem *versus* mal", ignora a complexidade da interação entre os ramos do governo na proteção de direitos.
- Capítulo 2: "A Promessa e os Perigos do Diálogo" – Este capítulo examina a teoria do "diálogo", que ganhou destaque no início do século XXI como uma alternativa ao maniqueísmo na proteção de direitos. Embora reconheça as contribuições da teoria do diálogo, o capítulo argumenta que ela se mostrou insuficiente por se basear em uma visão simplista da interação entre os ramos do governo. O capítulo analisa a ascensão do diálogo de "metáfora a modelo" no Canadá e no Reino Unido, examinando o debate sobre o diálogo em ambas as jurisdições. A crítica reside no fato de que a promessa de um diálogo harmonioso e produtivo entre os poderes ignora os inevitáveis desacordos, a complexidade das interações institucionais e o risco de distorção das funções de cada poder.
- Capítulo 3: "O Caso da Colaboração" – Este capítulo apresenta a proposta central do livro: a "constituição colaborativa". O capítulo argumenta que a proteção de direitos é mais eficaz quando os diferentes ramos do governo trabalham em conjunto, cada um desempenhando um papel específico com base em suas respectivas forças e fraquezas. A "constituição colaborativa" se baseia em três pilares: (1) uma divisão de trabalho constitucional entre os poderes, (2) respeito mútuo e deferência entre os ramos do governo, e (3) um entendimento compartilhado da importância dos direitos na democracia constitucional.

[4] Aqui para descrever um debate fundamental entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. O "choque de Titãs" refere-se sobre quem, em uma democracia, deve ter a palavra final na proteção de direitos – tribunais ou legislativos. Dworkin argumenta que os tribunais deveriam ter a palavra final, enquanto Waldron defende a supremacia legislativa. Esse debate ilustra as perspectivas contrastantes dentro do constitucionalismo, espelhando o debate mais amplo entre o constitucionalismo político e jurídico (nota do resenhista).

RBDFJ51_MIOLO.indd 328 13/02/2025 10:04:48

Em resumo, na Parte I a autora argumenta que a ênfase na colaboração, em vez de conflito ou um diálogo idealizado, oferece uma estrutura mais precisa e produtiva para entender como os direitos são protegidos em uma democracia constitucional.

A *Parte II*, intitulada "Direitos na Política", concentra-se no papel dos ramos Executivo e Legislativo na proteção de direitos, enfatizando sua função proativa e colaborativa nesse processo.

- Capítulo 4: "Governando com Direitos" – Este capítulo argumenta que a proteção de direitos é uma responsabilidade compartilhada entre os três ramos do governo, e não apenas domínio dos tribunais. O capítulo inicia-se com a afirmação de que todos os ramos do governo – o Parlamento, o Executivo e o Judiciário – compartilham a responsabilidade de proteger os direitos. O capítulo examina como o ramo Executivo, frequentemente considerado menos central na proteção de direitos, se engaja ativamente na promoção e defesa dos direitos. O capítulo destaca a importância do desenvolvimento da "consciência de direitos" dentro do Executivo, ilustrando como os direitos se tornaram parte integrante do processo de formulação de políticas. São analisados os mecanismos internos de verificação de compatibilidade de projetos de lei com os direitos humanos, como a Declaração de Compatibilidade prevista na Seção 19 da Lei de Direitos Humanos (HRA, pelo acrônimo em inglês) de 1998. O capítulo descreve o funcionamento do "Executivo plural", analisando como diferentes atores dentro do Executivo – como o Gabinete, os funcionários públicos, o Procurador-Geral e o Comitê Conjunto de Direitos Humanos do Parlamento – interagem e colaboram para garantir a proteção dos direitos.
- Capítulo 5: "Legislando para os Direitos" – Este capítulo analisa o papel do Legislativo na proteção de direitos, demonstrando como este poder vai além da mera resposta às decisões judiciais, atuando também de forma proativa na promoção e proteção de direitos. O capítulo examina o papel do Parlamento, com foco no Comitê Conjunto de Direitos Humanos (*Joint Committee on Human Rights* – JCHR) como um "cão de guarda constitucional híbrido" que atua na interface entre o Legislativo e o Executivo. O capítulo argumenta que o Parlamento não é um ator passivo no processo de proteção de direitos, mas um parceiro ativo que contribui para a definição, especificação e defesa de direitos. O capítulo destaca a importância do escrutínio parlamentar das implicações de projetos de lei para os direitos humanos, com ênfase no papel do JCHR na sensibilização para os direitos humanos no Parlamento. O capítulo reconhece a influência do Executivo no processo legislativo, mas enfatiza a importância do parlamento bicameral – Câmara

RBDFJ51_MIOLO.indd 329 13/02/2025 10:04:48

dos Comuns e Câmara dos Lordes – na revisão e aprimoramento de projetos de lei, garantindo uma análise completa de suas implicações para os direitos humanos.

- Capítulo 6: "Direitos Legislados: Da Dominação à Colaboração" – Este capítulo desafia a visão tradicional de que os parlamentos, especialmente em sistemas parlamentaristas como o de Westminster, são dominados pelo Executivo e, portanto, incapazes de desempenhar um papel significativo na proteção de direitos. O capítulo aborda os desafios à participação significativa do Parlamento na proteção de direitos, como a dominância do Executivo e a crescente influência da jurisprudência na interpretação dos direitos. O capítulo argumenta que, apesar da dominância do Executivo, o Parlamento mantém sua capacidade de influenciar e moldar a legislação, inclusive em áreas sensíveis como o combate ao terrorismo. São analisados exemplos concretos de legislação sobre terrorismo no Reino Unido, como a Lei Antiterrorismo, Crime e Segurança de 2001 e a Lei do Terrorismo de 2006, para ilustrar a dinâmica entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário na proteção de direitos em um contexto desafiador. O capítulo argumenta que a interação entre esses ramos, embora complexa, demonstra que o Parlamento pode resistir à dominância do Executivo e garantir que as leis antiterrorismo sejam compatíveis com os direitos humanos.

Em resumo, a Parte II argumenta que o Executivo e o Legislativo desempenham papéis cruciais na proteção de direitos, não apenas respondendo às decisões judiciais, mas também agindo de forma proativa e colaborativa para promover uma cultura de direitos dentro do governo e da sociedade.

A *Parte III*, intitulada "Juiz como Parceiro", explora o papel do Judiciário em uma democracia, com foco na colaboração entre os diferentes ramos de governo. Os capítulos dentro desta parte examinam como os atores constitucionais trabalham juntos para realizar os direitos. Esta parte começa com o Executivo e o Legislativo como atores pró-constitucionais para mostrar como eles colaboram na proteção de direitos.

Os capítulos da Parte III são:

- **Capítulo 7: "Juiz como Parceiro"** – Este capítulo argumenta que os juízes devem ser vistos como parceiros na proteção de direitos, em vez de guardiões supremos. Também argumenta que a relação entre os poderes do governo deve ser entendida como uma empresa colaborativa em que cada ramo desempenha um papel distinto, mas complementar.
- **Capítulo 8: "A HRA como uma Parceria em Curso"** – Este capítulo examina a Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act* – HRA) de 1998 como um estudo de caso de revisão judicial colaborativa na prática.

RBDFJ51_MIOLO.indd 330 13/02/2025 10:04:48

- **Capítulo 9: "Revisão Constitucional Calibrada"** – Este capítulo analisa diferentes abordagens de revisão judicial, argumentando que uma abordagem calibrada que equilibre as preocupações com a proteção de direitos e a democracia é mais desejável.
- **Capítulo 10: "Buscando um Constitucionalismo Colaborativo"** – Este capítulo explora estratégias que os tribunais podem usar para promover o constitucionalismo colaborativo, como o uso de remédios que incentivem o diálogo entre os poderes.

Ao apresentar o Executivo e o Legislativo como *atores pró-constitucionais* antes de discutir o papel do Judiciário, a Parte III enfatiza a importância primordial dos atores políticos na realização dos direitos em uma democracia constitucional. A análise segue a cronologia constitucional, pois as leis são elaboradas, propostas, examinadas e debatidas pelo Executivo e pelo Legislativo antes de os tribunais decidirem se uma disposição legislativa viola os direitos.

A *Parte IV*, "Legislativos Responsivos", muda o foco da Parte III para investigar como governos e legislativos reagem às decisões judiciais sobre direitos. O foco desta parte está nos mecanismos de superação, revisão ou anulação em sistemas de "revisão de forma fraca", onde os legislativos têm a capacidade de ajustar, alterar ou anular decisões judiciais sobre direitos. A Parte IV analisa esses mecanismos de anulação no contexto do constitucionalismo colaborativo, buscando promover a compreensão de como diferentes ramos de governo podem trabalhar juntos de forma construtiva, mesmo quando discordam sobre questões de direitos.[5]

[5] No Brasil, observe-se, tem-se as denominadas Emendas Constitucionais de *Override* (!). O §2º do art. 102 da Constituição Federal determina que as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações declaratórias de constitucionalidade têm eficácia geral (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, assim como à administração pública, tanto direta quanto indireta. Entretanto, o STF tem afirmado que esse efeito vinculante não se aplica ao Poder Legislativo. Essa posição foi consolidada em julgamentos como o da ADI 2.797, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, e na ADI 5.105, relatada pelo ministro Luiz Fux. Este último ressaltou que: "[...] os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, conforme o art. 102, §2º, e o art. 103-A, permitindo, assim, a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias sobre o tema discutido na decisão judicial. [...]". Vale destacar que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às ADIs foi introduzida pela Lei Federal nº 9.868/99 e posteriormente reforçada pela Emenda Constitucional nº 45/04, não fazendo parte do texto original da Constituição. As emendas "override" podem ser analisadas em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.425 e 4.578, considerando como o Poder Legislativo pode reagir a decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que declaram normas inconstitucionais. Na ADI 4.425, o STF declarou a inconstitucionalidade de certos dispositivos legais, resultando em uma decisão que possui efeito vinculante, o que significa que a norma declarada inconstitucional não pode ser aplicada. Nesse contexto, o legislador, ao tomar ciência dessa decisão, pode optar por elaborar uma emenda constitucional ou uma nova lei que busque restaurar a norma ou criar uma nova que atenda aos requisitos constitucionais. Assim, a emenda "override" poderia ser utilizada para contornar a decisão do STF, desde que a nova norma respeite os princípios e limites estabelecidos pela Constituição. Por outro lado, na ADI 4578, o STF declarou a norma como improcedente, o que significa que a norma questionada permaneceu válida. Essa situação ilustra a dinâmica entre o Judiciário e o Legislativo, pois, mesmo com a

RBDFJ51_MIOLO.indd 331 13/02/2025 10:04:48

Os capítulos da Parte IV são:

- **Capítulo 11: "Subutilização da cláusula de desconsideração"** – Este capítulo examina a prática dos mecanismos de superação, revisão ou anulação, observando especificamente sua rara utilização. O capítulo analisa a Lei de Direitos Humanos (HRA) de 1998 do Reino Unido, que permite ao Parlamento anular as decisões do tribunal, como um estudo de caso.
- **Capítulo 12: "Declarações, Obrigações, Colaborações"** – Este capítulo discute se existe uma convenção constitucional a favor do cumprimento de declarações de incompatibilidade sob a HRA. O capítulo analisa o debate sobre o significado de uma declaração de incompatibilidade – se cria uma obrigação legal ou política para o Legislativo.

A Parte IV, portanto, analisa a interação entre tribunais e legislativos, enfatizando o papel dos legislativos na resposta e potencialmente na anulação das decisões judiciais. Ao fazê-lo, a Parte IV visa fornecer uma compreensão mais completa do constitucionalismo colaborativo na prática, onde diferentes ramos de governo trabalham juntos para proteger os direitos.

A *Conclusão*, "The Currency of Collaboration" (*A Moeda da Colaboração*), argumenta que proteger direitos é uma tarefa colaborativa que exige a participação dos três ramos de governo: Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada ramo possui um papel distinto, mas complementar, no esforço conjunto de assegurar um bom governo sob a Constituição. Rejeita a dicotomia tradicional entre supremacia judicial e legislativa, demonstrando como esses ramos podem se combinar, se contrabalancear e colaborar de maneiras construtivas e complementares. Destaca a importância fundamental das normas constitucionais não escritas e não codificadas para qualquer sistema de democracia constitucional. Argumenta que, além da estrutura constitucional formal, são as atitudes, normas e o compromisso dos atores políticos com as regras do jogo democrático que determinam a vitalidade de uma democracia constitucional.

decisão do STF mantendo a norma, o legislador ainda tem a capacidade de agir. Se desejar alterar a norma ou criar uma nova que aborde as questões levantadas, ele pode fazê-lo por meio de uma emenda ou nova legislação. Embora a decisão do STF tenha mantido a norma, o legislador pode responder a essa situação, demonstrando a flexibilidade do sistema jurídico. Essas duas ADIs exemplificam como as decisões do STF interagem com o papel do legislador. As emendas "override" são um mecanismo que permite ao Poder Legislativo responder a decisões judiciais, seja para restaurar normas que foram declaradas inconstitucionais (como no caso da ADI 4425) ou para modificar normas que, embora tenham sido consideradas válidas (como na ADI 4578), podem ser vistas como necessitando de ajustes. Esse diálogo entre os poderes é fundamental para a dinâmica do Estado democrático de direito, onde tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham papéis cruciais na interpretação e aplicação da Constituição (Nota do resenhista).

RBDFJ51_MIOLO.indd 332 13/02/2025 10:04:49

A autora usa o termo "moeda" para se referir a dois aspectos do constitucionalismo colaborativo:

- **Primeiro**, como um ideal em funcionamento em democracias constitucionais contemporâneas.
- **Segundo**, como um tipo de capital constitucional, um recurso valioso que deve ser preservado e fortalecido para garantir a sustentabilidade da democracia constitucional ao longo do tempo.

Kavanagh reconhece os desafios do populismo contemporâneo, que muitas vezes desrespeita as normas democráticas e o Estado de Direito. No entanto, argumenta que essa situação exige vigilância e ação, e não complacência. Ela faz um apelo à responsabilidade e cuidado constitucional, conclamando todos a proteger e promover as normas de civilidade, colaboração e *fair play* para assegurar uma democracia constitucional sustentável.

Enfim, enfatiza a importância da colaboração como um "capital constitucional" essencial para a saúde e sucesso a longo prazo de qualquer democracia constitucional.

- Destaca o papel das normas constitucionais *não escritas e não codificadas*, como o compromisso construtivo e o respeito mútuo.
- Alerta para a *fragilidade* da democracia constitucional quando se depende apenas de formas jurídicas, em detrimento das normas políticas.
- Faz um chamado à *ação* para nutrir a colaboração e a parceria constitucional, garantindo os benefícios de uma democracia constitucional sustentável.

III A visão colaborativa da Constituição

O conceito central defendido pela autora no livro é o *constitucionalismo colaborativo*. A autora argumenta que a proteção de direitos em uma democracia não é prerrogativa exclusiva de um único poder do governo, mas sim um *empreendimento colaborativo* que exige a participação ativa e interdependente dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao invés de enxergar os poderes do governo como rivais em uma luta pelo poder, a autora os caracteriza como *parceiros em um empreendimento comum*. Cada poder possui um papel distinto e complementar no sistema constitucional, e a eficácia da proteção de direitos depende da atuação conjunta e harmoniosa desses poderes. A autora critica a narrativa predominante que retrata a separação de poderes como um sistema de competição adversarial. Essa visão, argumenta ela, distorce a realidade da interação entre os poderes e obscurece as normas, práticas e virtudes que sustentam um sistema constitucional funcional. O *constitucionalismo colaborativo*, na visão da autora, requer que

RBDFJ51_MIOLO.indd 333 13/02/2025 10:04:49

os poderes do governo atuem com *comity*, *civilidade* e *moderação*, reconhecendo e respeitando os papéis distintos e a importância de cada um na busca pelo bem comum.

Tema principal: O sistema constitucional não deve ser visto como um embate entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Em vez disso, devemos abraçar a ideia de uma "Constituição Colaborativa", onde tribunais e legislativos trabalham em conjunto, com respeito mútuo pelas suas funções distintas, para realizar os objetivos compartilhados de boa governança e proteção dos direitos.

Ideias e fatos importantes:

- Juiz como herói *v.* Juiz como parceiro: A autora argumenta contra a visão idealizada de juízes como heróis solitários que protegem os direitos da tirania da maioria. Em vez disso, ela defende uma visão mais realista de "juiz como parceiro", reconhecendo o papel crucial dos tribunais na defesa do Estado de Direito e na responsabilização do governo, sem negar a legitimidade democrática do legislativo.

> Em vez de perpetuar a imagem idealizada do juiz herói, defendo uma ideia mais modesta, mas, sugiro, mais precisa de "juiz como parceiro". Na visão colaborativa, os juízes não são cruzados solitários em busca da iluminação moral nem nossos salvadores da depravação democrática. Em vez disso, eles são tomadores de decisão independentes em um esquema constitucional interdependente, cujo papel é arbitrar disputas legais, ao mesmo tempo em que respeitam o órgão legislativo democraticamente eleito.[6]

- Separação de poderes interativa: A autora defende uma visão interativa da separação de poderes, onde cada ramo opera não isoladamente, mas em constante diálogo e interação com os outros. Isso implica o reconhecimento da importância da contenção institucional, mas também da necessidade de colaboração e respeito mútuo.

> Defendo que os ramos do governo são parceiros numa empresa colaborativa em que cada um desempenha papéis distintos mas complementares, ao mesmo tempo que trabalham em conjunto de forma mutuamente respeitosa, construtiva e solidária. Em vez de se

[6] "Eschewing the image of the hero-judge, I defend a more modest but, I suggest, more accurate idea of 'judge as partner'. On the collaborative vision, judges are neither solitary crusaders for moral enlightenment nor our saviours from democratic depravity. Instead, they are independent decisionmakers in an interdependent constitutional scheme, whose role is to adjudicate legal disputes, whilst paying respect to the democratically elected legislature" (p. 24 e s.).

RBDFJ51_MIOLO.indd 334 13/02/2025 10:04:49

> enfrentarem para obterem a última palavra sobre direitos num combate constitucional feroz – ou de terem uma conversa constitucional amigável sobre direitos – defendo que devem trabalhar em conjunto num espírito de parceria constitucional. Nesta visão do constitucionalismo, os ramos do governo não são inimigos. Mas também não são amigos. Em vez disso, são parceiros num empreendimento de colaboração em que são obrigados a tratar-se mutuamente com cortesia e respeito. Passar do isolamento à interação – e da conversa à colaboração.[7]

- Limitações epistêmicas dos tribunais: A autora reconhece que os tribunais, devido à sua posição institucional, possuem limitações epistêmicas. O processo judicial adversarial, com sua ênfase em casos individuais, pode não ser a melhor maneira de lidar com questões complexas de política pública.

> Ao resolverem litígios jurídicos, os juízes devem, simultaneamente, olhar para trás para dar efeito à lei tal como ela é, enquanto olham para a frente com vista a potencialmente desenvolver e alterar a lei. Enquanto o legislador pode fazer nova lei sobre os seus méritos de uma perspectiva voltada para o futuro [...].[8]

- *Janus-faced judging*: Juízes, ao interpretar e aplicar a lei, devem equilibrar a necessidade de fidelidade à lei como ela é com a possibilidade de desenvolvê-la e adaptá-la às circunstâncias contemporâneas. Isso requer uma abordagem incremental, cautelosa e respeitosa da função legislativa.

> Ao resolver disputas legais, os juízes devem simultaneamente olhar para trás, a fim de dar efeito à lei como ela é, enquanto olham para frente com vista a potencialmente desenvolver e alterar a lei.[9]

---

7 "I argue that the branches of government are partners in a collaborative enterprise where they each play distinct but complementary roles, whilst working together in mutually respectful, constructive and supportive ways. Instead of squaring off against each other to get the last word on rights in fierce constitutional combat – or having a cosy constitutional conversation about rights – I argue that they must work together in a spirit of constitutional partnership. On this vision of constitutionalism, the branches of government are not enemies. But they are not friends either. Instead, they are partners in a collaborative enterprise where they are required to treat each other with comity and respect. Moving from isolation to interaction – and from conversation to collaboration" (p. 86).

8 "When resolving legal disputes, judges must simultaneously face back- ward in order to give effect to the law as it is, whilst facing forward with a view to potentially developing and changing the law. Whilst the legislature can make new law on its merits in a forward-looking fashion [...]" (p. 209/210).

9 "When resolving legal disputes, judges must simultaneously face back- ward in order to give effect to the law as it is, whilst facing forward with a view to potentially developing and changing the law" (p. 209).

RBDFJ51_MIOLO.indd 335 13/02/2025 10:04:49

- Princípio da Legalidade: A autora defende a centralidade do "princípio da legalidade" na interpretação e aplicação dos direitos. Esse princípio exige que os tribunais presumam que o legislativo não pretendeu restringir ou violar os direitos, a menos que essa intenção seja expressa de forma clara e inequívoca.

Citando Lord Hoffmann, em canônica decisão: "na ausência de linguagem expressa ou implicação necessária em contrário, os tribunais [...] presumem que mesmo as palavras mais gerais se destinam a estar sujeitas aos direitos básicos do indivíduo".[10]

- Revisão constitucional calibrada: A autora argumenta que os tribunais devem calibrar sua revisão constitucional de acordo com o contexto, mostrando deferência ao legislativo em áreas onde este possui maior competência institucional e legitimidade democrática.

> Embora "a existência de legislação devidamente promulgada não conclua a questão [...] o grau de respeito a ser demonstrado aos julgamentos considerados de uma assembleia democrática irá variar de acordo com o assunto e as circunstâncias".[11]

- Legislativos responsivos: A autora argumenta que a interação entre tribunais e legislativos pode levar a legislativos mais responsivos aos direitos, incentivando a deliberação e o escrutínio das leis à luz de suas implicações para os direitos.

> Quando uma declaração é emitida, um padrão típico é que o Ministro do Governo competente faça um anúncio ao Parlamento afirmando que o governo está "considerando cuidadosamente todas as implicações da decisão" e está trabalhando para implementá-la.[12]

- Colaboração, não confronto: A autora argumenta que a "Constituição Colaborativa" oferece uma alternativa promissora ao confronto entre tribunais e legislativos, promovendo o diálogo, o respeito mútuo e o trabalho conjunto na busca da boa governança e da proteção dos direitos.

---

10 "[...] in the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts [...] presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual" (p. 217).

11 "Although 'the existence of duly enacted legislation does not conclude the issue [...] the degree of respect to be shown to the considered judgments of a democratic assembly will vary according to the subject matter and circumstances'" (p. 277).

12 "When a declaration is issued, a typical pattern is for the relevant Government Minister to make an announcement to Parliament stating that the government is 'carefully considering the full implications of the ruling'59 and is working out how to implement it" (p. 372).

RBDFJ51_MIOLO.indd 336 13/02/2025 10:04:49

> Em vez de vê-la como um veículo para o diálogo contínuo ou discordância entre tribunais e legislativos sobre o significado dos direitos, eles a conceberam de forma mais restrita como um mecanismo para correção de erros judiciais em extremis para contrariar "decisões absurdas" ou como uma forma "excepcional" de resolver desacordos intratáveis sobre o que os direitos exigem numa democracia.[13]

Como se pode observar, a obra de Aileen Kavanagh oferece uma perspectiva inovadora sobre a relação entre tribunais, legislativos e a proteção dos direitos. Ao defender uma "Constituição Colaborativa", *a autora desafia as dicotomias tradicionais entre ativismo judicial e deferência, supremacia judicial e supremacia parlamentar*. Em vez de um embate entre poderes rivais, a autora nos convida a imaginar um sistema constitucional onde tribunais e legislativos trabalhem em conjunto, com respeito mútuo pelas suas funções distintas, para realizar os objetivos compartilhados de boa governança e proteção dos direitos.

IV Conceito de constitucionalismo colaborativo e a investigação politemática da obra

(A) Conceito de "constitucionalismo colaborativo".

O *constitucionalismo colaborativo* é um conceito que descreve o relacionamento entre os diferentes ramos do governo como uma *parceria colaborativa*. Em vez de ver os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como entidades isoladas ou em conflito, o constitucionalismo colaborativo os considera parceiros em um esforço conjunto para garantir um bom governo sob a constituição.

- No constitucionalismo colaborativo, cada ramo do governo tem um papel distinto, mas complementar, a desempenhar na proteção dos direitos.
- Em vez de defender a supremacia de um ramo sobre o outro, o constitucionalismo colaborativo enfatiza a importância da *comity* (cortesia e respeito mútuo entre os ramos do governo), colaboração e gestão de conflitos.
- O constitucionalismo colaborativo reconhece que os diferentes ramos do governo devem trabalhar juntos, em vez de lutarem entre si pelo poder. Essa abordagem reconhece que a proteção de direitos é uma responsabilidade compartilhada e que todos os três ramos do governo têm um papel importante a desempenhar.

[13] "Rather than viewing it as a vehicle for ongoing dialogue or disagreement between courts and legislatures on the meaning of rights, they conceived it more narrowly as a mechanism for judicial error correction in extremis to counteract 'absurd decisions' or as an 'exceptional' way of resolving intractable disagreements about what rights require in a democracy" (p. 348/349).

RBDFJ51_MIOLO.indd 337 13/02/2025 10:04:49

- O conceito enfatiza a importância das normas constitucionais não escritas, como as convenções constitucionais no Reino Unido e nos países da Commonwealth. Essas normas informais, embora não sejam legalmente vinculativas, são essenciais para o bom funcionamento de um sistema constitucional. Elas ajudam a definir os papéis e responsabilidades dos diferentes ramos do governo e promovem a colaboração entre eles.
- O constitucionalismo colaborativo se manifesta na prática através de mecanismos como a revisão judicial calibrada, onde os tribunais se esforçam para respeitar a função legislativa ao interpretar e aplicar a lei.

Em resumo, o constitucionalismo colaborativo oferece uma visão mais matizada e realista da separação de poderes, reconhecendo a interdependência entre os ramos do governo e a necessidade de trabalhar em conjunto para alcançar os objetivos comuns da democracia constitucional.

(B) Vários temas principais permeiam o livro:

1. **Separação de poderes colaborativa**: O livro rejeita as concepções tradicionais de separação de poderes baseadas no antagonismo ou competição entre os ramos de governo. Em vez disso, ele defende uma compreensão colaborativa, onde cada ramo desempenha um papel distinto, mas complementar, trabalhando em conjunto para proteger os direitos e promover uma boa governança.
2. **Importância das normas não escritas**: O livro destaca a importância das normas constitucionais não escritas, como a civilidade, a restrição, a boa fé e o fair play constitucional, na formação da interação entre os ramos de governo. Essas normas, embora não estejam codificadas na lei, são essenciais para o bom funcionamento de uma democracia constitucional.
3. **Restrição institucional**: O livro enfatiza a importância da restrição institucional por parte de todos os ramos de governo. Cada ramo deve exercer seus poderes com moderação, respeitando os papéis e prerrogativas dos outros ramos. A restrição institucional é essencial para evitar abusos de poder e manter o equilíbrio constitucional.
4. **Diálogo *versus* colaboração**: O livro traça uma distinção importante entre "diálogo" e "colaboração". Embora o diálogo implique uma troca de pontos de vista, a colaboração exige um compromisso com um objetivo comum e uma disposição para trabalhar em conjunto para alcançá-lo. O livro argumenta que uma abordagem colaborativa para a proteção de direitos é mais propícia à realização dos valores constitucionais.
5. **Importância do contexto**: O livro enfatiza a necessidade de considerar o contexto ao analisar a interação entre os ramos de governo. Os papéis e responsabilidades de cada ramo podem variar dependendo do sistema

RBDFJ51_MIOLO.indd 338 13/02/2025 10:04:49

constitucional específico em questão, bem como das circunstâncias factuais e políticas relevantes.

Em resumo, "A Constituição Colaborativa" oferece uma estrutura abrangente e instigante para entender a relação entre os ramos de governo na proteção dos direitos. O livro desafia as ortodoxias existentes, destacando a natureza interdependente e colaborativa da governança constitucional.

V Méritos e insuficiências

A obra de Aileen Kavanagh, apresenta uma análise estruturada em quatro partes sobre a interação entre os ramos de governo na proteção de direitos, defendendo a tese da "constituição colaborativa".

Parte I: Instituições e Interações

- **Ponto Forte:** Estabelece uma base teórica sólida ao questionar a dicotomia tradicional entre tribunais e legislativos. O argumento de que ambos são "alternativas imperfeitas" com responsabilidades compartilhadas é bem apresentado e serve como ponto de partida para a proposta da "constituição colaborativa".
- **Ponto Fraco:** A crítica à teoria do "diálogo" pode ser considerada superficial. Apesar de apontar suas limitações, a análise não se aprofunda o suficiente nas nuances e possíveis aplicações dessa teoria em contextos específicos.

Parte II: Direitos na Política

- **Ponto Forte:** Destaca o papel crucial, porém frequentemente negligenciado, do Executivo e do Legislativo na proteção de direitos. A análise do desenvolvimento da "consciência de direitos" dentro do Executivo e a ênfase no papel proativo do Parlamento são contribuições importantes.
- **Ponto Fraco:** A análise da dominância do Executivo em sistemas parlamentaristas, como o de Westminster, carece de aprofundamento. A afirmação de que o Parlamento pode resistir a essa dominância, embora ilustrada por exemplos, precisa de mais evidências e argumentos para ser totalmente convincente.

Parte III: Juiz como Parceiro

- **Ponto Forte:** Aborda a interação entre os poderes do ponto de vista do Judiciário, enfatizando a necessidade de colaboração e diálogo. A proposta de uma "revisão judicial calibrada" que equilibre a proteção de direitos com a democracia é interessante e relevante.

RBDFJ51_MIOLO.indd 339 13/02/2025 10:04:49

- **Ponto Fraco:** A ordem de apresentação dos argumentos, priorizando o Executivo e o Legislativo como atores pró-constitucionais antes de discutir o papel do Judiciário, pode gerar questionamentos. Apesar da justificativa da "cronologia constitucional", essa escolha pode ser interpretada como um reforço velado da supremacia do Legislativo e Executivo sobre o Judiciário.

Parte IV: Legislativos Responsivos

- **Ponto Forte:** Analisa a dinâmica entre os poderes sob uma nova perspectiva: a reação dos legislativos às decisões judiciais. A análise dos mecanismos de anulação e da "subutilização da revisão" contribui para uma compreensão mais completa da "constituição colaborativa" na prática.
- **Ponto Fraco:** A ênfase em sistemas de "revisão fraca" limita o escopo da análise. A discussão sobre a interação entre tribunais e legislativos em sistemas de "revisão forte", onde as decisões judiciais têm maior impacto, seria enriquecedora.

Concluindo:

Como em qualquer obra acadêmica, há espaço para aprofundamento e aperfeiçoamento em alguns pontos. A ênfase na "moeda da colaboração" e na importância do respeito mútuo entre os poderes é fundamental para o sucesso da democracia constitucional.

VI Considerações finais

O trabalho de Kavanagh é notável pela sua perspetiva inovadora sobre a intrincada interação entre os ramos do governo num quadro constitucional democrático. Kavanagh introduz o conceito de "constitucionalismo colaborativo", que desafia a narrativa convencional que frequentemente retrata os tribunais e os parlamentos como adversários envolvidos numa luta perpétua pela supremacia. Em vez disso, defende que a salvaguarda dos direitos numa democracia é uma responsabilidade coletiva, necessitando de cooperação entre os vários ramos governamentais. Esta perspetiva é particularmente relevante nos debates contemporâneos sobre governação, em que as complexidades das democracias modernas exigem uma compreensão diferenciada da forma como as diferentes instituições podem trabalhar em conjunto para defender os valores democráticos e proteger os direitos individuais.

Um dos pontos fortes significativos do trabalho de Kavanagh reside na sua abordagem interdisciplinar, que integra de forma harmoniosa a teoria constitucional com exemplos práticos de diversos sistemas jurídicos. Ao centrar-se no Reino Unido e na Lei dos Direitos Humanos de 1998, a autora ilustra a forma como os

RBDFJ51_MIOLO.indd 340 13/02/2025 10:04:49

esforços de colaboração entre os ramos governamentais se podem manifestar em cenários do mundo real. A análise do Human Rights Act serve como um estudo de caso convincente, demonstrando como este instrumento jurídico convida explicitamente à colaboração entre os poderes legislativo, executivo e judicial na prossecução da proteção dos direitos. Esta relevância prática enriquece o seu enquadramento teórico, tornando-o acessível e aplicável aos debates constitucionais contemporâneos.

Apesar da natureza inovadora do argumento de Kavanagh, a sua ênfase na colaboração pode ser entendida como um "ideal utópico", particularmente numa era marcada pela crescente polarização e fragmentação políticas. Embora Kavanagh reconheça os desafios colocados pelas "democracias frágeis", a sua afirmação de que as normas de cortesia e respeito mútuo continuam a ser essenciais para o funcionamento efetivo da democracia constitucional levanta questões sobre a viabilidade dessa colaboração na prática. Num cenário político em que a política adversária domina frequentemente, o ideal de colaboração pode parecer demasiado otimista. No entanto, este ideal serve como um lembrete crucial do potencial para um envolvimento construtivo entre os ramos governamentais, salientando um caminho a seguir em tempos de divisão.

Um aspeto crítico do trabalho de Kavanagh que merece uma análise mais aprofundada é a sua tendência para subestimar o papel fundamental do conflito num sistema democrático. O dissenso e o desacordo não são meramente acidentais; são intrínsecos ao processo democrático e servem frequentemente de catalisadores para mudanças sociais e políticas significativas. Ao dar prioridade à colaboração, Kavanagh arrisca-se a apresentar uma imagem romantizada das relações interinstitucionais que ignora as contribuições vitais do conflito para o discurso democrático. Reconhecer a necessidade do dissenso é crucial para uma compreensão abrangente da forma como os sistemas democráticos evoluem e se adaptam a novos desafios. Este reconhecimento não diminui a relevância da sua abordagem colaborativa; pelo contrário, complementa-a ao realçar a importância de uma interação dinâmica entre cooperação e conflito.

Para além disso, o foco de Kavanagh no constitucionalismo colaborativo pode obscurecer as dinâmicas de poder assimétricas que permeiam os sistemas políticos. A colaboração entre instituições que operam em pé de desigualdade pode inadvertidamente legitimar e reforçar as estruturas de poder existentes, perpetuando assim as desigualdades em vez de as desmantelar. É essencial avaliar criticamente as implicações da colaboração em contextos onde existem desequilíbrios de poder, uma vez que estas dinâmicas podem influenciar significativamente os resultados da cooperação interinstitucional. O trabalho de Kavanagh levanta questões importantes sobre a forma de garantir que os esforços de colaboração não

RBDFJ51_MIOLO.indd 341 13/02/2025 10:04:49

reforcem inadvertidamente as disparidades existentes, tornando as suas ideias particularmente relevantes nos debates sobre equidade e justiça na governação.

Por último, "The Collaborative Constitution" oferece um contributo valioso para o campo da teoria constitucional, desafiando a narrativa tradicional do conflito entre poderes governamentais. O trabalho de Kavanagh sublinha a importância da colaboração e do diálogo institucional na proteção dos direitos num quadro democrático. As suas ideias são especialmente pertinentes no clima político atual, em que a necessidade de uma governação cooperativa é mais premente do que nunca. No entanto, é imperativo abordar os seus argumentos com uma perspetiva equilibrada, reconhecendo que a colaboração não é uma "panaceia" para os desafios multifacetados que as democracias constitucionais enfrentam. O conflito, a dissidência e o reconhecimento das assimetrias de poder são componentes igualmente vitais de um sistema democrático robusto. Ao integrar estes elementos no discurso sobre o constitucionalismo colaborativo, os estudiosos e os operadores podem fomentar uma compreensão mais matizada das complexidades inerentes à governação das democracias modernas, aumentando, em última análise, a relevância e a aplicabilidade do trabalho de Kavanagh nos debates constitucionais contemporâneos.

VII Glossário de termos-chave

- **Constituição Colaborativa**: Um modelo de interpretação constitucional que enfatiza a interação e a colaboração entre os diferentes ramos do governo (judiciário, legislativo e executivo) na definição e proteção de direitos.
- **Princípio de Legalidade**: Um princípio de interpretação legal que exige que o legislativo seja explícito ao limitar ou restringir direitos, reconhecendo o papel dos tribunais na proteção de direitos, a menos que seja explicitamente instruído de outra forma.
- **Revisão Judicial Calibrada**: Uma abordagem à revisão judicial que defende que os juízes devem adaptar sua intensidade e modalidade de revisão com base em fatores como a competência institucional relativa e a legitimidade democrática.
- **Deferência Judicial**: A prática dos tribunais em dar peso ou margem de manobra às decisões tomadas por outros ramos do governo, particularmente em áreas de especialização legislativa ou executiva.
- **Diálogo Constitucional**: A noção de um processo contínuo de comunicação e interação entre os diferentes ramos do governo sobre a interpretação e implementação de direitos.

RBDFJ51_MIOLO.indd 342 13/02/2025 10:04:49

- A cláusula de desconsideração (ou *override*) é uma ferramenta constitucional que permite que os parlamentos, em certos casos, legislem "independentemente" de direitos, como os estabelecidos em leis. As *override* é vista como um recurso de última instância, reservado para circunstâncias excepcionais, e não como uma forma de rotina para contrariar decisões judiciais. Essa ferramenta é frequentemente descrita como um mecanismo de segurança para ser acionado em situações em que uma decisão judicial é considerada absurdamente contrária ao interesse público. Embora os parlamentos tenham o poder de usar *an override* existe uma norma tácita de respeito mútuo entre os poderes legislativo e judiciário, o que torna o uso da *override* algo raro e politicamente delicado. A *override* é um mecanismo que serve como um lembrete da relação complexa entre o parlamento e o judiciário, em que o poder legislativo pode, em última análise, exercer sua soberania, mas que a prática demonstrou a importância da colaboração e do respeito mútuo entre os poderes.
- **Declaração de Incompatibilidade**: Uma declaração judicial, normalmente encontrada em sistemas legais com constituições não supremas, que reconhece que uma determinada lei é incompatível com um direito protegido, mas não tem o poder de anular a lei.
- **Cláusula Notwithstanding**: Uma cláusula constitucional que permite ao legislativo, em certas circunstâncias, aprovar leis que se sobrepõem ou excedem os direitos protegidos pela constituição.
- **Distorção Política**: A preocupação de que a revisão judicial possa distorcer os processos democráticos, levando os atores políticos a se concentrarem excessivamente nas implicações legais ou a evitar tomar decisões políticas difíceis.
- **Debilitação Democrática**: A crítica de que a revisão judicial enfraquece a democracia ao transferir o poder de decisão de representantes eleitos para juízes não eleitos.
- **Cláusula de Expiração**: Uma disposição em uma lei que define uma data específica na qual a lei expira automaticamente, a menos que seja renovada pelo legislativo.

Summary: Review of the book "The Collaborative Constitution" by Aileen Kavanagh.

Keywords: Collaborative approach. Constitutional governance.

Table of Contents: **I** Introduction – **II** Brief Panoramic Overview of the Work – **III** The Collaborative Vision of the Constitution – **IV** Concept of Collaborative Constitutionalism and the Multithematic Investigation of the Work – **V** Merits and Shortcomings – **VI** Final Considerations – **VII** Glossary of Key Terms – References

RBDFJ51_MIOLO.indd 343 13/02/2025 10:04:49

Referências

Cambridge: Cambridge University Press, 2023. (509 pp.) Print. Cambridge Studies in Constitutional Law, 2023/2024 – DOI: 10.1017/9781108680929.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOLINARO, Carlos Alberto. *The Collaborative Constitution* – Aileen Kavanagh. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 18, n. 51, p. 325-344, jul./dez. 2024. Resenha.

Recebido em: 21.08.2024
Aprovado em: 03.12.2024

RBDFJ51_MIOLO.indd 344 13/02/2025 10:04:49

NORMAS EDITORIAIS

REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA (QUALIS A1)

MISSÃO

A revista *Direitos Fundamentais & Justiça* é uma publicação semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CAPES 6).

O Programa de Pós-Graduação em Direito abrange os cursos de Mestrado e Doutorado e estrutura-se em torno de duas áreas de concentração: 1) Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, com duas linhas de pesquisa, versando, respectivamente, sobre a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado e a Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional; 2) Teoria Geral da Jurisdição e Processo, com ênfase na linha de pesquisa Jurisdição, Efetividade e Instrumentabilidade do Processo.

A missão da Revista é a de acolher artigos científicos, resenhas de livros, comentários de jurisprudência nacional, estrangeira e internacional que tenham por objeto temas vinculados aos seguintes eixos temáticos: a) Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Humanos e Fundamentais; b) Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação; c) Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional, e d) Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

LINHA EDITORIAL

Direitos Fundamentais & Justiça, com toda a sua complexidade, constituem, além de grandezas indissociáveis e inerentes a qualquer sociedade que se pretenda legitimamente fundada e organizada, uma permanente tarefa e um constante desafio para os Estados (seja no plano interno, seja no internacional), para a sociedade e para cada um de nós. Direitos Fundamentais & Justiça, além disso, na perspectiva material e processual, constituem o eixo em torno do qual se estruturam as áreas de concentração, as linhas de pesquisa, a estrutura curricular, os projetos de pesquisa e a produção técnica e científica do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

A Revista publica artigos de pesquisa e reflexão acadêmicas, estudos analíticos e resenhas na área da ciência jurídica e cultura política em geral, sempre vinculados às áreas de concentração do Programa de Pós-Graduação supramencionadas, a partir das seguintes seções: “Doutrina Estrangeira”, apresentando

RBDFJ51_MIOLO.indd 345 13/02/2025 10:04:49

os artigos temáticos de autores estrangeiros; "Doutrina Nacional", apresentando os artigos temáticos de autores brasileiros; "Resenhas", contendo avaliações e comentários sobre publicações acadêmicas nacionais e estrangeiras; e "Comentários de Jurisprudência", trazendo análises críticas de decisões judiciais paradigmáticas nacionais e estrangeiras.

A Revista publica *artigos* somente quando ao menos um dos autores tem título de doutor. Ademais, entre os artigos aprovados no *blind peer review*, serão privilegiados, em caso de necessidade de desempate, os artigos com ao menos um autor professor permanente de programa de pós-graduação *stricto sensu*. Também será critério de desempate a titulação dos demais coautores não doutores – se mestrandos, mestres ou doutorandos.

Todos os textos submetidos devem ser inéditos no Brasil, vedado o seu encaminhamento simultâneo a outras revistas, exigindo-se do autor, já antes do início do processo de avaliação cega por pares, declaração de ineditismo e compromisso de exclusividade por prazo de nove meses. Uma vez aceito o artigo e como condição necessária para sua publicação, os autores assinam nova declaração de ineditismo e exclusividade, dessa vez válida por seis meses. Os autores não recebem qualquer remuneração pela publicação de seus trabalhos na Revista. Como cortesia, autores e coautores receberão acesso à versão digital da revista com a publicação do artigo, disponível na Plataforma FÓRUM de Conhecimento Jurídico.

Na análise para a aceitação de um artigo serão observados os critérios de adequação ao escopo da revista, qualidade científica atestada pela Comissão Editorial e por processo anônimo de avaliação por pares (*Blind Peer Review*) e cumprimento das normas e regras listadas abaixo.

Os artigos devem ser enviados ao Conselho Editorial da *Direitos Fundamentais & Justiça* pelo *site* da Revista em http://ojs.editoraforum.com.br/dfj/index.php/dfj/index. Os artigos podem sofrer alterações editoriais não substanciais (reparagrafações, correções gramaticais, adequações estilísticas e editoriais).

a) FORMATO: Texto em arquivo compatível com Microsoft Word, e padrão ABNT NBR 6023.

b) IDENTIFICAÇÃO

- TÍTULO em português e inglês.
- Nome do(s) AUTOR(ES), e respectivos dados acadêmicos (titulação e atual filiação acadêmica, especificando as instituições de ensino superior) e de contato (endereço de *e-mail*). Tais dados devem constar na primeira página do arquivo. Demais identificações de autoria como em autocitações ao longo do texto e nas propriedades do arquivo devem ser suprimidas. Sobre esse último item ver: http://office.microsoft.com/pt-br/word-help/remover-dados-ocultos-e-informacoes-pessoais-de-documentos-do-office-HA010037593.aspx.

RBDFJ51_MIOLO.indd 346 13/02/2025 10:04:49

c) RESUMO, PALAVRAS-CHAVE e SUMÁRIO:

- Em português e inglês, conforme ABNT NBR 6028. Resumo com no máximo 200 palavras.

d) NOTAS EXPLICATIVAS E REFERÊNCIAS: O sistema de referências utilizado deve ser o ABNT – Direito. As referências devem ser dispostas no rodapé ao final da página. A lista da bibliografia utilizada deve igualmente aparecer no fim do artigo.

e) TAMANHO DO TEXTO: no máximo 30 (trinta) laudas.

A Editora Fórum e o Conselho Editorial não assumem qualquer responsabilidade legal pelas ideias e informações externadas pelos autores em seus textos. Os autores são responsáveis cível e criminalmente pelos seus textos.

Os autores cedem à Editora os direitos autorais sobre os textos aceitos para publicação.

PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO DE ARTIGOS SUBMETIDOS – *DOUBLE BLIND PEER REVIEW*

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pela Coordenação Científica da Revista, verificando sua adequação à sua linha editorial. Os artigos aprovados nessa seleção prévia são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Os pareceristas não conhecem a identidade do autor e vice-versa. Os textos das seções "Resenhas" e "Comentários de Jurisprudência" estão isentos do processo de *blind review*.

O prazo dos revisores para a elaboração do parecer é de 21 dias. Recebido o parecer, este é imediatamente encaminhado (sem dados sobre a identidade do parecerista) ao autor do artigo para que tome ciência. Se o revisor indica a necessidade de aprimoramento do trabalho o autor tem a prerrogativa de enviar, no prazo de 30 dias, uma nova versão com todas as adições e alterações realçadas em vermelho. O texto será então repassado ao mesmo revisor para nova análise.

Somente podem ser aceitos para publicação pelo Conselho Editorial artigos com parecer favorável de dois revisores. Caso um revisor dê parecer favorável e outro desfavorável, o artigo será enviado a um terceiro revisor para desempate. Excepcionalmente, haverá convites para publicação, não excedendo tais casos 25% dos artigos publicados em determinado ano. Apenas artigos de autores estrangeiros recebem convite para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pela Coordenação Científica da Revista.

RBDFJ51_MIOLO.indd 347 13/02/2025 10:04:50

Esta obra foi composta na fonte Frankfurt,
corpo 10 e impressa em papel Offset 75g
(miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Meta Brasil em Cotia/SP.

RBDFJ51_MIOLO.indd 348 13/02/2025 10:04:50