

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 43

Nº 1 - Nov.2025/Abr.2026




EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 43
Nov.25/Abr.26

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2024 - volume 43, n. 1
(nov.25/abr.26)

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF (2025-2027)

Diretor-Geral

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal André Fontes

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor Adjunto de Publicações

Desembargador Federal Macário Ramos Júdice Neto

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Silvia Lima de Arruda

Secretário-Geral

Juiz Federal Paulo André do Espirito Santo Manfredini

EQUIPE DA EMARF

Matheus Henrique dos Santos da Escossia - Assessor Executivo

Rio de Janeiro

Aline Mayor Cardoso da Silva

Anderson Braga de Oliveira

Andrea de Moura Garcia

Fernanda Alves dos Santos

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Márcia Dias Bezerra

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Roque Bonfante de Almeida

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

Conselho Editorial

Membros Natos (2025-2027)

Diretor-Geral da EMARF

- **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Membros Convidados

- **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Marcelo Pereira da Silva**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

**Tribunal Regional Federal da 2ª Região
(2025/2027)**

Presidente

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Vice-Presidente

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Corregedor Regional

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Membros

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO

Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

Desembargador Federal ALFREDO HILARIO DE SOUZA

Desembargadora Federal CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

Desembargador Federal ROGÉRIO TOBIAS DE CARVALHO

Desembargador Federal JULIO CESAR DE CASTILHOS OLIVEIRA COSTA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
O IMPOSTO DE RENDA NA DOAÇÃO DE LEGÍTIMA.....	13
Adriano Saldanha Gomes de Oliveira e Guilherme Pereira Coelho Nogueira	
A CONCEPÇÃO TRIPARTITE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA	19
Albertina Maria Anastácio	
A HISTÓRIA DOS CONCEITOS DE KOSELLECK	49
André R. C. Fontes	
CRITÉRIOS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E CONTROLE JUDICIAL: LEGALIDADE E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	57
Débora Maliki	
OTRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO E REVISÃO DOS ALIMENTOS	71
Luiz Iatagan Cavalcante Rocha	
ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: UM CONCEITO EM MUTAÇÃO	83
Marcelo Leonardo Tavares	
ASPECTOS JURÍDICOS DO MERCADO DE INFLUÊNCIA: CONTRATOS, MARCAS E DIREITOS DA PERSONALIDADE	117
Maria Eduarda Bandeira Vecchiati da Silva	
AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O PROCESSO JUDICIAL	139
Priscilla Mendonça Wagner	
AS FORÇAS ARMADAS E SEU STATUS INSTITUCIONAL NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	151
Reis Friede	

O PRECONCEITO LINGUÍSTICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA À LUZ DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS E DA ECOLINGUÍSTICA	175
--	-----

Tadeu Luciano Siqueira Andrade

A PROTEÇÃO DAS MARCAS NOTÓRIAS EM SEGMENTO DISTINTO: O ARTIGO 16.3 DO ACORDO TRIPS.....	193
---	-----

Wanderley Sanan Dantas e Raineri Ramos Ramalho de Castro

APRESENTAÇÃO

O Volume 43 da Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF traz novas questões relevantes para o debate jurídico e instigantes reflexões para o aprimoramento da magistratura.

Os artigos deste volume versam sobre importantes temas do Direito, como a incidência de Imposto de Renda de Pessoa Física sobre doação de imóvel em adiantamento de herança legítima. A classificação tripartite de proteção dos Direitos Humanos e as relações entre cada segmento. Uma reflexão sobre a História dos Conceitos de Reinhart Koselleck. O mercado de influência digital, nos direitos da personalidade e no uso de marcas. A evolução dos avanços tecnológicos no processo judicial e sua contribuição para a celeridade e efetividade do processo.

As contribuições examinam, ainda, a Propriedade Industrial e a imitação de marca sem alto renome, mas notoriamente conhecida, sob a ótica do artigo 16.3 do Acordo TRIPS. A legalidade do procedimento de heteroidentificação em concursos públicos para ingresso no ensino superior no contexto das políticas afirmativas. O fenômeno dinâmico do Estado de Bem-Estar Social de Direito surgido no século XX como variante do modelo do Estado Liberal. O desenvolvimento do *status* institucional das Forças Armadas no decorrer da história constitucional brasileira e a consonância com as premissas fixadas pelas Constituições anteriores, além de outros importantes temas.

Os trabalhos deste volume apresentam a pluralidade de ideias e contribuem para o contínuo aprimoramento da prestação jurisdicional.

Por fim, reiteramos nossos agradecimentos aos autores por investigações de tão alto nível e qualidade, e aproveitamos para convidar os interessados a enviarem seus artigos ao processo de submissão do periódico para o próximo volume.

Desejamos que todos aproveitem ao máximo a leitura.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

O IMPOSTO DE RENDA NA DOAÇÃO DE LEGÍTIMA

Adriano Saldanha Gomes de Oliveira¹

Guilherme Pereira Coelho Nogueira²

Resumo: O artigo versa sobre a incidência de Imposto de Renda Pessoa Física sobre doação de imóvel em adiantamento de herança legítima. Na visão do fisco, ocorreria ganho de capital, atraindo a tributação. No Judiciário, o tema vem sendo debatido em alto nível, já tendo, inclusive, sido dada resposta diferente à questão pelo Supremo Tribunal Federal, cancelando Acórdão deste Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, solução, a nosso ver, mais justa.

Palavras-chave: Tributação; Imposto de Renda; Herança Legítima; Ganho de Capital; Acréscimo Patrimonial; Doação

Abstract: This article addresses the question on **whether** a donation from an ascendant to a legitimate heir is taxable as income. In the authorities view, it occurs capital gain to the donator. However, the Brazilian Supreme Federal Court has already given a different answer, which, in our view, is the best.

Keywords: Taxation; Income Tax; Legitimate Inheritance;

A incidência do imposto de renda sobre a doação de imóvel tem por premissa um suposto ganho de capital decorrente da valorização do bem. Se a diferença entre o valor da aquisição e o valor doado puder ser considerada acréscimo patrimonial, ela enseja a aplicação da aludida exação fiscal.

¹ Juiz Federal Titular da 28ª Vara Cível Seção Judiciária do Rio de Janeiro

² Estagiário de Direito da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região

O art. 3, §3º, da Lei 7713/88, inclui expressamente a doação, dentre as operações ali exemplificadas como alienação de bens ou direitos passíveis de verificação da ocorrência de ganho de capital. O art. 23, § 2º, II, da Lei 9532/97, a seu turno, prevê que, também no caso de doação em vida a herdeiro, com caráter de adiantamento de legítima, deve ser apurado o ganho de capital obtido pelo doador decorrente da valorização do bem doado.

A valorização imobiliária que um bem experimenta ao longo do tempo, segundo interpretação do fisco, seria suficiente, pois, para determinar a ocorrência de ganho de capital. Seria algo como defender a disponibilidade jurídica daquele patrimônio acrescido, cujo desfazimento a título gratuito configuraria apenas uma, dentre várias opções possíveis, do titular. Logo, o acréscimo patrimonial, ainda que sob a forma imobilizada, já estaria configurado.

Essa é uma interpretação possível do que seja ganho de capital. Com a devida licença, entendo porém que ela é doutrinariamente inconsistente e legalmente equivocada, pois não encontra amparo nem literal, nem orgânico, nem finalístico, junto ao legislador.

Do ponto de vista da literalidade normativa, o art. 22, inc. III, da Lei 7713/88, excluiu expressamente, na determinação do ganho de capital, as transferências causa mortis e as doações em adiantamento da legítima.

Do ponto de vista orgânico, todo o contexto da tributação é voltado para operações nas quais o titular percebe contraprestação, ou seja, atos nos quais se incorpora ao seu patrimônio o valor do bem alienado.

Nesse contexto sistemático, vale registrar que, à exceção da doação, todos os demais exemplos oferecidos pelo citado art. 3o, par. 3o., da Lei 7713/88 são de operações nas quais está presente o sinalagma patrimonial. Na compra e venda, na permuta, na adjudicação, na desapropriação, na dação em pagamento, na promessa de compra e venda, e contratos afins, existe um preço pago, um preço depositado, uma quitação de dívida de valor, ou um bem recebido em troca. E, aos menos na prática, também prepondera, na cessão de direitos e respectiva promessa, a onerosidade. Por fim, quanto à procuração em causa própria, onde outorgante e outorgado são a mesma pessoa, ela trata de facilitar os desdobramentos de outro negócio jurídico, e, embora autônoma, não tem um fim em si mesma. Ou seja: ela também serve à consecução de contratos onerosos.

Assim, cada um desses exemplos oferecidos pelo legislador, à exceção da doação, parecem naturais e adequados, em princípio, aos fins aos quais a lei se destina. Quanto a esta última, porém, por ser contrato gratuito, fica nítido o seu destoar das demais figuras ali elencadas.

Ainda que seja importante e necessária a abertura da tributação, e abstraída discussão a respeito de outros casos, na doação específica feita em adiantamento de legítima, pode-se dizer que inexistente qualquer acréscimo patrimonial para o doador por ocasião do respectivo desfazimento puro e simples do bem. Pelo contrário. O doador experimenta redução de seu patrimônio, o que afasta, em princípio, a hipótese de incidência do imposto de renda. À oposição de se dizer que a generosidade seria elemento subjetivo, meramente volitivo, do doador, e portanto não impeditivo da tributação, se deve contrapor que a presença da antecipação sucessória se reveste de importância decisiva como verdadeiro alicerce do ajuste, de modo que o ato não só é gratuito, como deixa de ter natureza apenas contratual, ganhando contornos decisivos relacionados à morte do doador.

Igualmente entende-se que a finalidade da norma deve ser tributar o que se auferir, seja em decorrência da previsão negocial, na competência, seja quando efetivamente recebida, pelo recebimento. Ausente qualquer das duas hipóteses, como na “doação pré-sucessória”, onde a finalidade do ato não é realizar qualquer valor, mas regular antecipadamente um fenômeno legal de transmissão patrimonial pelo passamento do doador, não se vê razão na tentativa de estender a tributação ao fenômeno.

Por ocasião de convocação pelo E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, teve-se oportunidade de enfrentar o tema, em julgamento de apelação interposta pela União contra sentença de procedência proferida nos autos da Ação Ordinária nº 0101318-75.2014.4.02.5001 pelo Exmo. Juízo da 2ª Vara Federal Cível do Espírito Santo, que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a Autora e a União sobre a valorização de imóveis que foram objeto de doação da Autora da demanda. Na ocasião, a autora em vida resolveu doar dois imóveis para suas quatro filhas, pelo que foi responsabilizada pela Fazenda, mediante aplicação da alíquota de 15% a guisa de Imposto de renda sobre a diferença do valor patrimonial do bem decorrente da respectiva valorização ao longo do período em que fora titular da propriedade.

Respeitados, então, os elementos de fato da lide, ali concordou-se com a conclusão do Juízo capixaba, e, aplicando-se a lógica dos argumentos aqui desenvolvidos descritivamente, negou-se provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação.

É inerente à nossa condição sentirmos satisfação quando a contribuição oferecida por ocasião de enfrentamento de caso concreto vem a merecer o beneplácito da Corte Suprema. Pois, aqui, houve a provocação, diante da interposição de recurso extraordinário contra o Acórdão aqui relatado.

No julgamento do Rextr 1.387.761/ES, a 1ª Turma da Corte Constitucional brasileira houve por bem manifestar-se, também, pela impossibilidade da tributação.

Cito:

Direito tributário. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Imposto sobre a renda. Ganho de capital . Antecipação de legítima. Ausência de acréscimo patrimonial. Vedação à bitributação. 1. Agravo interno contra decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário com agravo interposto em face de acórdão que afastara a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital apurado por ocasião da antecipação de legítima (Lei nº 7.713/1988, art. 3º, § 3º; e Lei nº 9.532/1997, art. 23, § 1º e § 2º, II). 2. Esta Corte possui entendimento de que o imposto sobre a renda incide sobre o acréscimo patrimonial disponível econômica ou juridicamente (RE 172.058, Rel . Min. Marco Aurélio). Na antecipação de legítima, não há, pelo doador, acréscimo patrimonial disponível. Acórdão alinhado à jurisprudência desta Corte . 3. O constituinte repartiu o poder de tributar entre os entes federados, introduzindo regras constitucionais, que, sobretudo no que toca aos impostos, predeterminam as materialidades tributárias. Esse modelo visa a impedir que uma mesma materialidade venha a concentrar mais de uma incidência de impostos de um mesmo ente (vedação ao bis in idem) ou de entes diversos (vedação à bitributação). Princípio da capacidade contributiva . 4. Admitir a incidência do imposto sobre a renda acabaria por acarretar indevida bitributação em relação ao imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD). 5. Agravo interno a que se nega provimento. (STF - ARE: 1387761 ES, Relator.: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 22/02/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 28-02-2023 PUBLIC 01-03-2023)

Para além daqueles argumentos constantes do Acórdão recorrido, o Pretório Excelso aduziu ainda importantes fundamentos ligados à distribuição vertical do Poder de Tributar, afirmando que admitir a incidência do Imposto de renda sobre doação de bem imóvel em adiantamento de transmissão de herança mortis causa acarretaria em indevida bitributação, dada a existência de reserva constitucional, quanto à matéria, aos Estados.

O tema não se encontra pacificado. Há precedente, também recente, da 2ª Turma do ínclito Sodalício, no qual nada obstante, se reconheceu a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital em doação para fins pré-sucessórios. O caso é semelhante ao acima analisado. A autora desta outra demanda doou bens de sua herança à filha, como adiantamento da legítima, reputando indevida a exigência do imposto de renda. No julgamento da RE 1.425.609/GO, porém, foi afastada a hipótese de bitributação, visto que, nos termos do voto do E. Relator, o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se a incidência do imposto de renda sobre ganho de capital referente à transmissão hereditária, e à doação de bens, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei nº 9.532/97. Para o voto condutor esse dispositivo teria apenas explicitado o momento de apuração do acréscimo patrimonial, não inovando quanto ao fato gerador do imposto de renda. Complementou, ainda, dizendo que *“ganho de capital nas transferências de bens do de cujus ou do doador configura acréscimo patrimonial”*.

A dialética saudável entre as duas teses, que se defrontarão no teste do tempo, há de revelar o melhor direito.

Encontrar-se na cadeia de uma delas é enorme galardão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abraham, Marcus. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025.
- Falcão, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 7a. ed., atualizada por Flavio Bauer Novelli. São Paulo: Noezes, 2013.
- Torres, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Vol 4 - Os Tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A CONCEPÇÃO TRIPARTITE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: Trata-se de um estudo que apresenta o seu embrião nos direitos humanos, com investigação, a partir de um delineamento entre as suas vertentes e observa-se que embora possuam diferenças marcantes nessas dimensões, são analisadas sob uma ótica síncrona e integrativa. O trabalho tem como objeto, a classificação *tripartite* de proteção dos direitos humanos e as relações entre cada segmento. A pesquisa tem como objetivo, apresentar os elementos da classificação *tripartite* dos direitos humanos, através de um enfoque crítico e analítico sobre o tema. Os métodos utilizados são: o de abordagem dedutiva, o de procedimento analítico, como também o de análise qualitativa. Após pesquisa bibliográfica, conclui-se que a concepção da tutela dos direitos humanos é uma e indivisível, sob um olhar holístico e sistêmico, sendo que a tríade classificatória se interage, em uma visão complementar para fins de garantia da dignidade humana de todos os povos.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Classificação Tripartite – Direitos Humanos *Stricto Sensu* - Direito Humanitário – Direito dos Refugiados.

¹ Doutora e Mestre em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduanda do MBA em Política, Estratégia, Defesa e Segurança Pública da Escola Superior de Guerra (ESG). Assistente de Desembargador Federal do TRF da 2ª. Região. Consultora da Comissão de Direito Militar da Ordem dos Advogados do Brasil da Barra da Tijuca-RJ.

THE TRIPARTITE CONCEPT OF THE INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Abstract: This study presents its embryonic foundation in human rights, with research based on a delineation of its aspects. It is observed that, although there are marked differences in these dimensions, they are analyzed from a synchronous and integrative perspective. The work focuses on the tripartite classification of human rights protection and the relationships between each segment. The research aims to present the elements of the tripartite classification of human rights through a critical and analytical approach to the topic. The methods used are: deductive approach, analytical procedure, and qualitative analysis. After bibliographic research, it is concluded that the concept of human rights protection is one and indivisible, from a holistic and systemic perspective, with the classificatory triad interacting, in a complementary vision, to guarantee the human dignity of all peoples.

Keywords: Human Rights – Tripartite Classification – Human Rights *Stricto Sensu* – Humanitarian Law – Refugee Law.

INTRODUÇÃO

Ab initio, cumpre mencionar que a primeira ideia que aparece quando pensamos sobre os direitos humanos diz respeito aos documentos internacionais que fixaram verdadeiros primados nessa área, apontando novos rumos para as Nações. No entanto, os direitos humanos têm uma denotação mais abrangente, por se tratar de um estudo sistêmico quanto à essa temática, buscando até mesmo dar um tom mais contratualista do que jusnaturalista.

É cediço que a tutela internacional da pessoa humana, malgrado encontrar-se presente na linha do tempo da história, não se encontra codificada e com a classificação em que se pode vislumbrar hodiernamente. O fato é que com a evolução comportamental do direito e a inserção do direito internacional em diversos tratados internacionais e a sua codificação nos países, a tutela internacional da pessoa humana também evolui e apresenta uma classificação tripartite para que possa assim, apresentar efetividade nos países, como também, no plano internacional, em 03 (três) eixos, a saber: (i) Direito Internacional dos Direitos Humanos; (ii) Direito Humanitário Internacional; bem como, (iii) Direito Internacional dos Refugiados.

Rudolf Von Ihering, em sua obra “A luta pelo direito”, já defendia que o direito não é mero pensamento, e assim, deve ser compreendido como uma força viva.

A formação do direito é a própria força válida da verdade, que abre caminho: a força da convicção. Sendo que o direito é o equilíbrio entre a força e a brandura, entre a espada e a balança. O amor que um povo dedica ao seu direito é mesurado pela intensidade do esforço e da luta que esse bem lhe custou, tendo em vista que o sacrifício é a medida de intensidade dos laços entre um povo e o seu direito. (Ihering, 1998)

Nessa perspectiva, convém atestar que a proteção internacional dos direitos da pessoa humana é tema de enorme relevância, alcance e atualidade, na medida que os direitos humanos se constituem na chave para o enfrentamento das tensões que levam à guerra e ao terrorismo.

1. O CARÁTER JUSNATURALISTA E CONTRATUALISTA DOS DIREITOS HUMANOS

O fundamento dos direitos humanos está na aceção de que existem direitos inerentes aos seres humanos e como tal, precisam ter uma valia diferenciada, com relação aos outros direitos existentes. Nesse condão, insta reconhecer o caráter declaratório dos direitos humanos, considerando que primeiro, surgem os direitos humanos e depois, esses são efetivados.

Diz-se que os direitos humanos têm uma natureza jusnaturalista, em virtude da influência nos primórdios, do direito natural e do Cristianismo, mas com o desenvolvimento dos direitos humanos, através do reconhecimento de diversos desses direitos nos documentos internacionais, o caráter jusnaturalista apresenta uma nova releitura, que o eleva para contratualista, ante o reconhecimento desses direitos pelos Estado Internacionais.

No entanto, é mister reconhecer que os direitos humanos não se configuram tão-somente em um direito contratual, tendo em vista que a sua formação histórica apresenta uma relação intrínseca com o direito natural. Mesmo porque os direitos humanos existem, independentemente se estão, ou não, afirmados em um documento internacional.

A partir dessa perspectiva concernente aos direitos humanos, observa-se que, em razão de sua relevância nos países e por se tratar de condição de dignidade do homem, os direitos humanos estão categorizados como direitos supranacionais.

Nesse prisma, os direitos humanos são reconhecidos pelos Estados Internacionais democráticos, onde se afirmam diversos direitos humanos com prevalência aos outros demais ramos do direito, em contraponto aos Estados Internacionais extremistas que deixam de reconhecer os direitos humanos de seus povos.

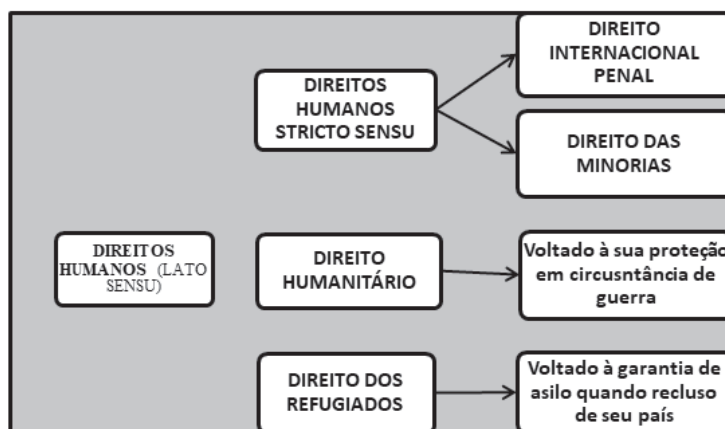
Insta esclarecer que os direitos humanos se diferenciam dos direitos fundamentais, considerando que os primeiros estão no plano supranacional de direitos, sendo fixados, inclusive, no âmbito internacional, enquanto que os direitos fundamentais apresentam um campo de atuação interno, ainda que apresentem uma posição de prevalência no plano interno.

Existe ainda o aspecto da universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural, posto que os direitos humanos são universais, sendo válidos para todas as pessoas do planeta, independentemente do lugar em que se encontrem, promovendo a cooperação internacional. Mas, convém esclarecer que existe uma mitigação dessa universalidade, na medida que se depare com o multiculturalismo existente no mundo, que se consubstancia em uma grande barreira para a efetivação dos direitos humanos, tendo em vista que as culturas locais devem ser respeitadas.

2. A CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DOS DIREITOS HUMANOS

Em consonância com Oliveria e Lazari (2018), existem 03 (três) vertentes de proteção da pessoa humana, a saber:

Gráfico 1: As Vertentes dos Direitos Humanos



Fonte: Elaboração própria. Adaptação de Oliveira e Lazari (2018).

Os direitos humanos, sob uma visão *tripartite*, apresentam em seu primeiro vértice, **os direitos humanos *stricto sensu***, formado pelo direito penal internacional e pelo direito das minorias, que consigna a sua situação em geral; enquanto que a segunda linha, encontra-se **o direito humanitário** que é voltado à sua proteção em circunstância de guerra e a terceira classe constitui **o direito dos refugiados**, que abrange a garantia de asilo, quando recluso de seu país. Para uma compreensão mais clara do tema, urge balizar sobre as três vertentes, em comento.

2.1 Direitos Humanos *Lato Sensu*

Em conformidade com o Gráfico 1 acima, diz-se que existe uma dicotomia dos direitos humanos: de um lado, os direitos humanos *lato sensu* que se consubstanciam em toda e qualquer proteção da pessoa humana; e de outro, os direitos humanos em *stricto sensu* que tem como escopo, a proteção da pessoa humana, excluídas as situações de guerra e de refúgio.

Assim, sob o ângulo do *lato sensu*, os direitos humanos são classificados em direito internacional penal e direito das minorias, analisados, a seguir:

2.1.1 Direito Internacional Penal

Iniciantes do direito, muitas vezes, confundem o direito internacional penal com o direito penal internacional. O direito internacional penal é ramo autônomos do direito internacional, de âmbito interno, que no século XX foi fragmentado em diversos ramos do direito, dentre eles, o próprio direito internacional penal. O órgão competente para apreciar e julgar os delitos internacionais do direito internacional penal é o Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma, aprovado em 1998.

Verifica-se que somente a partir de 1998, a pessoa humana passou a ser titular de direitos e deveres no plano internacional. Nessa perspectiva, o direito internacional penal apresenta um liame com o direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista que a pessoa humana apresenta um destaque, ante a responsabilidade dos delitos internacionais. *In casu*, afere-se que não se trata apenas de uma medida protetiva à pessoa humana, quanto aos

delitos internacionais, mas também, de parâmetro punitivo a graves violações internacionais.

Esse sistema de responsabilização internacional foi instituído pela Conferência Diplomática de plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma, no ano de 1998, do Primeiro TPI permanente, com competência internacional para processar e julgar os praticantes de crimes graves contra a pessoa humana.

O fato é que, malgrado existam anos anteriores, tribunais internacionais para julgamentos de crimes - como o primeiro deles em 1474, em Breisach, Alemanha, para julgar Peter Von Hagenbach, por ter dado permissão às suas tropas para realizarem estupros e homicídios civis, além de saquear as suas propriedades, conforme lembram, Flávia Piovesan e Daniela Ribeiro Ikawa (2012)-, o nascedouro do TPI foi no período após o término da Primeira Guerra Mundial, quando se pensavam em recomeço na história mundial, diante dos horrores da Grande Guerra. Surgiram então Documentos internacionais, tais como, o Tratado de Sèvres, o Tratado de Versailles e a Convenção contra o Terrorismo, no intuito de responsabilizar os autores de crimes de guerra.

Deve ser lembrado que após a II Guerra Mundial, foram instalados os Tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio, com competência para julgar os crimes praticados na guerra, bem como, os crimes contra a humanidade, praticados pelos militares da antiga Alemanha nazista e pelo Japão imperial. Durante a década de 1990 também foram criados outros Tribunais Internacionais, para fins de julgamento de casos que envolviam guerras, tais como, o Tribunal da antiga Iugoslávia e o Tribunal de Ruanda, dentre outros.

Diversas críticas foram realizadas a esses Tribunais, ante a suas criações terem sido posteriores à prática dos crimes de guerras, além da retroatividade da lei penal, como também, da parcialidade dos julgadores que compunham esses Tribunais.

No ano de 1948, foi aprovada a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, o que foi um incentivo para a instituição de um TPI, mas o projeto acabou não se desenvolvendo até o ano de 1989, quando foi retomado; tendo sido aprovado, em 1998, o Estatuto de Roma, onde foi previsto a criação do TPI e aprovado por 120 (cento e vinte) Estados-Partes, em 17 de julho de 1998.

Os Estados Unidos da América (EUA) e Israel decidiram em 31 de dezembro de 2000 aderir ao Estatuto, em referência, ocorre que tanto os atentados de 11

de setembro de 2001, em Nova York e Washington, quanto as operações de guerras no Afeganistão e na Palestina, impossibilitaram a respectiva ratificação da Convenção de Roma, por esses países.

O TPI não apenas combate à impunidade, mas também, corrobora para prevenir atrocidades internacionais, e ainda, contribui para a promoção da justiça universal, viabilizando o acesso à justiça a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade.

Sob o aspecto temporal, a jurisdição do TPI não inclui os crimes cometidos antes da entrada em vigor do Estatuto. Quanto à dimensão material, de acordo com o artigo 5º, do Estatuto de Roma, o TPI tem competência para processar e julgar os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão; tendo sido excetuados, os crimes de terrorismo e o tráfico de entorpecentes. O TPI tem competência para processar e julgar não apenas os chefes de Estado ou líderes militares, mas também, qualquer indivíduo, que apresente maioria penal, que tenha praticado quaisquer um desses crimes internacionais, previstos no artigo 5º supracitado.

De acordo com a Emenda Constitucional 45, de 2004, que incluiu na redação do artigo 5º, da Constituição da República, o §4º que estabelece o seguinte texto: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." O Brasil aceitou a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar os brasileiros, consoante o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, celebrado em 1998 e ratificado pelo Brasil, no ano de 2002.

Durante o processo de ratificação da Convenção de Roma, de 1998, pelo Brasil, foram discutidas algumas questões jurídicas infratitadas:

1. As exceções referentes ao princípio da coisa julgada, insitas no art. 20 do Estatuto de Roma, infratranscrito:

ARTIGO 20 NE BIS IN IDEM

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Afere-se que essas exceções estão justificadas, tendo em vista que a coisa julgada, no Brasil, estará eivada de vício processual. Assim, as normas internacionais terão prevalência para serem aplicadas aqui no Brasil, não obstante a existência de coisa julgada.

2. A imprescritibilidade dos crimes, que são de competência do TPI, conforme redação do art. 29 do mesmo Estatuto (“ARTIGO 29 IMPRESCRITIBILIDADE: Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), nos incisos XLII (para a prática do crime de racismo) e XLIV (para os casos de ação de grupos armados civis ou militares), do artigo 5º, prevê exceções à regra da prescrição penal do direito brasileiro, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. O que, por congruência, deve ser aceita a regra de exceção de imprescritibilidade do Estatuto de Roma.

3. A compatibilidade do processo de entrega de nacionais à jurisdição do TPI, nos termos do art. 58 do Documento, em referência.

O artigo 102 do Estatuto de Roma estabelece a distinção conceitual entre extradição e a entrega (*surrender*) de nacionais, *in verbis*:

Artigo 102 - Termos Usados Para os fins do presente Estatuto:

a) Por “entrega”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Importa asseverar que a extradição envolve uma relação de cooperação, entre dois Estados Internacionais, por meio de um processo criminal e a entrega se consubstancia em um ato praticado por um Estado Internacional, em favor de um órgão jurisdicional internacional.

Existe, ainda, a norma constitucional, que é uma garantia, prevista no inciso LI, do mesmo artigo 5º da CRFB, *in verbis*:

Art. 5º. [...]

[...]

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

Nesse entendimento, a entrega de um nacional brasileiro ao TPI aparta-se, estando fora do alcance da regra constitucional do inciso supracitado da Carta Maior.

4. A cominação de pena de prisão perpétua, prevista no bojo da redação do artigo 77 do Estatuto, em contraponto à norma constitucional brasileira, da letra b, do inciso XLVII, do artigo 5º da CRFB.

É mister esclarecer, por oportuno, que a regra contida na letra b, do inciso XLVII, do artigo 5º da Carta Magna (XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo; [...]) é relativa ao ordenamento interno do Brasil e assim, não pode ser invocada, em contraponto ao artigo 77, do Estatuto de Roma que apresenta alcance internacional.

Como já mencionado anteriormente, o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma (Decreto 4.388/2002). Assim sendo, consentiu com a competência do TPI.

2.1.2 Direito das Minorias

Malgrado o entendimento de parte da doutrina, no sentido de que o direito das minorias se posiciona como uma categoria dos aclamados “novos direitos”, na realidade, trata-se de um direito existente, há muito tempo, sendo que tomou força para fins de seu reerguimento, conforme esclarecimentos de Jamile Coelho

Moreno (2009), *in verbis*:

Após os dramáticos acontecimentos na ex-União Soviética e na ex-Iugoslávia, ou seja, após o colapso dos regimes comunistas, o tema **minorias** voltou a se destacar na agenda internacional, situação que não ocorria desde o período entreguerras (quando o debate se deu no âmbito da Liga das Nações). Os condenáveis acontecimentos da Segunda Guerra Mundial ocasionaram o reconhecimento do vínculo existente entre o respeito à dignidade do ser humano e à paz. (Moreno, 2009, p. 143)

Mas, qual é o conceito de direito das minorias e qual é a relevância e o alcance do enfoque desse tema para o contexto social?

É cediço que o é “novo” traz um certo nível de curiosidade e até mesmo um grau de incerteza. Por outro lado, a “novidade” da reflexão do direito das minorias nos encaminha a abrir uma porta para um novo mundo, à medida que a incerteza nos faz andar com cautela, para que os passos possam ser firmados na trajetória que se traça.

Como bem observa Leal e Vargas (2023), o traço diferencial entre os grupos vulneráveis e as minorias é concernente às políticas públicas, na forma que se pode observar, a seguir:

Deve-se, com isso, atentar para o fato de que a diferenciação terminológica entre grupos vulneráveis e minorias repercutirá efeitos práticos no momento de implementação e planejamento de políticas públicas, de modo que, quando se estiver a tratar de políticas públicas direcionadas a uma minoria o enfoque será a promoção dos seus direitos com a concomitante preservação do traço diferencial que as identifica, e quando se trata de políticas destinadas a grupos vulneráveis, essas irão buscar a promoção dos direitos fundamentais desse grupo, não se importando com a conservação do traço distintivo que as coloca em posição de vulnerabilidade, mas sim, muitas vezes, buscando até mesmo eliminá-lo. (Leal e Vargas, 2023, p. 884)

É mister esclarecer que as diferenças entre o direito das minorias e os grupos vulneráveis. Em conformidade com os esclarecimentos de Siqueira e Rostelato (2008), determinado grupo vulnerável não se consubstancia em uma minoria de pessoas, pelo que se observa adiante:

Há muitos grupos vulneráveis, que às vezes não representam

necessariamente a correspondência a uma exata minoria, mas mesmo a uma maioria; uma maioria de pessoas se analisarmos o contingente numérico. Assim, grupos vulneráveis é o conceito que se adota com a finalidade de indicar que certas pessoas sofrem discriminações, tendo seus direitos de cidadania desrespeitados.

Estas pessoas, componentes dos grupos vulneráveis necessitam de um tratamento diferenciado para que possam ser incluídas no seio da sociedade.

O tratamento diferenciado, que se sedimenta na observância ao princípio constitucional da isonomia, reveste-se de seu significado reverso, qual seja, a discriminação positiva, enfim, o princípio da igualdade, visto sob o enfoque de seu mais profundo significado. (Siqueira e Rostelato, 2008, p. 7)

De acordo com Elida Séguin (2002), os grupos vulneráveis apresentam algumas características, a saber:

- São grupos com grande contingente, como por exemplo, as mulheres, as crianças e os idosos;
- São destituídos de poder;
- Mantém a cidadania;
- Não tem consciência de que estão sendo vítimas de discriminação e desrespeito
- Não sabem que têm direitos.

Assim, conceituar minorias é uma tarefa complexa, pois à primeira vista, aduz-se à concepção de que uma minoria é composta por um grupo numericamente inferior, distinguindo-o dos demais habitantes de um país, estando numericamente menor a esses demais habitantes, mas é preciso analisar a realidade jurídica, em contraponto às conquistas modernas (Séguin, *ibid.*).

Diante desse panorama, depreende-se que é preciso considerar como minorias não apenas as características linguísticas, religiosas ou étnicas do grupo, mas também, é mister ampliar essa concepção, devendo, assim, valorar outras variáveis a serem analisadas no modelo, tais como, o gênero, a orientação sexual, as condições socioeconômicas e o que mais se ofereça. Na esteira desse entendimento, o critério mais adequado para se conceituar o grupo homogêneo

das minorias é concernente à sua exclusão e a falta de participação das decisões políticas do país. (Lopes, 2008).

Nessa toada, o pesquisador italiano Andrea Semprini (1999) assevera, em seu trabalho sobre multiculturalismo que enquanto a marginalização dos indivíduos compõe um grupo homogêneo, o conteúdo e a expressão de suas reivindicações vão se amoldando aos ditames dos passos de articulação que essa minoria dá, com relação à evolução do respectivo espaço social; de tal sorte que é mister que esse espaço social ao redor reconheça esse grupo de homogeneidade (Semprini, 1999).

O conceito de direito das minorias apresenta, ao longo do tempo, diversas acepções, seja no plano sociológico, antropológico, jurídico ou internacional, ora analisados:

Concepção sociológica

De acordo com Moreno (2009), sob um enfoque sociológico, o termo “minoria” é um conceito puramente quantitativo, referindo-se ao subgrupo de pessoas, que representa menos da metade da população total, sendo certo que, dentro da sociedade, ocupa uma posição privilegiada, neutra ou marginal (Moreno, op. cit).

Malgrado exista uma grande discussão sobre o conceito de direito das minorias, convém ressaltar o conceito adotado pelo sociólogo Mendes Chaves (1971), que em seu artigo “Minorias e seu Estudo no Brasil”, esclarece as duas dicotomias do conceito em epígrafe.

A primeira, quando um grupo de pessoas se encontra numa situação de dependência ou desvantagem, em relação a outro grupo majoritário. A segunda se verifica quando minorias nacionais (grupos raciais ou étnicos) subordinados na estrutura política de um Estado partilham com uma determinada maioria de pessoas, pelo que se observa, a seguir:

Na literatura sociológica a palavra minoria tem sido utilizada frequentemente em dois sentidos. Significa primeiro, mais amplamente, um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou

desvantagem em relação a um outro grupo, “maioritário”, ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria. Nesse sentido, por exemplo, uma pequena comunidade religiosa de credo divergente da fé professada pela maioria da população é uma minoria e pode sofrer problemas vários no campo das relações religiosas; ou a oposição num país “pouco democrático”, ocupando lugar subordinado na estrutura política, tendo pouca chance de ação. Segundo, exprime as denominadas “minorias nacionais”, grupos raciais ou étnicos que, em situação de minoria, cointegram juntamente com uma maioria um determinado Estado. (Chaves, 1971, p. 149)

O mesmo sociólogo esclarece, ainda, em seu texto, que o grupo de minorias é discriminado pelo de maioria, assim, como, no tocante ao estudo das relações maioria-minoria, o fenômeno minoria é nascedouro do aparecimento do Estado.

Concepção Antropológica

Em consonância com Moreno (op. cit.), enquanto na Sociologia, a minoria apresenta um conceito quantitativo, que embora seja menos da metade da população total, ocupa uma posição privilegiada, neutra ou marginal; no âmbito da Antropologia, a concepção de minoria é qualitativa, referindo-se a subgrupos marginalizados, conforme se depreende, a seguir:

Na sociologia, o termo “minoria” normalmente é um conceito puramente quantitativo, referindo-se ao subgrupo de pessoas que representa menos da metade da população total, sendo certo que, dentro da sociedade, ocupa uma posição privilegiada, neutra ou marginal.

Todavia, no aspecto antropológico, a ênfase é dada ao conteúdo qualitativo, referindo-se aos subgrupos marginalizados, ou seja, minimizados socialmente no contexto nacional, podendo, inclusive, constituir uma maioria em termos quantitativos. (Moreno, op. cit., p. 152)

E ainda,

O conceito antropológico, que envolve o aspecto qualitativo e não quantitativo, parece mais adequado à situação do tema, tendo em vista que considera o real quadro de submissão dos grupos minoritários aos majoritários. No Brasil, onde o preconceito é um elemento constante nas atitudes da sociedade, não podem de forma alguma ser deixadas

de lado as comparações entre aqueles grupos conflitantes, visto que são necessárias à conscientização dos membros da própria minoria de que seus direitos estão sendo violados. (Moreno, id., ps. 153- 154)

Concepção Jurídica

A Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, criada pela ONU, encomendou a Francesco Capotorti, um estudo sobre o tema, que apresentou o seguinte conceito de minoria:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua (Capotorti apud Wucher, 2000: 78).

Depreende-se desse conceito, a ênfase ao elemento numérico, como constitutivo de um grupo de minoria. Mas, é mister considerar que somente o elemento numérico não resolve a equação, por não expressar o que seja uma minoria, pois o tamanho de um grupo não pode ser uma variável relevante para o exercício da titularidade dos direitos de uma minoria.

Elida Séguin (2002) apregoa que na luta pela sobrevivência, o mais forte tende a vencer o mais fraco, eliminando diversas espécies e promovendo o perdimento da pluralidade, o que só se perfaz em prejudicialidade.

Séguin apresenta o seguinte conceito de “Minorias”: “um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menos em relação à população deste” (Séguin, 2002, p. 9).

Segundo a autora, existe uma correlação entre os conceitos de minorias e os grupos vulneráveis, a democracia e a cidadania. Isto se justifica porque a forma da abordagem das questões referentes aos temas das minorias e dos grupos vulneráveis podem provocar arranhões à democracia de um país, em que o sobrepujamento das diferenças, resgata a cidadania “escondida dentro do armário” (Séguin, op. cit.)

Malgrado a concepção de “minoría” apresente um valor numérico, no sentido de se tratar de um grupo menor de pessoas, Séguin apregoa que se torna necessário ultrapassar os critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais, sopesando a sua realidade jurídica ante as conquistas modernas.

Concepção Internacional

O Pacto internacional dos Direitos Civil e Políticos (ONU, 1966) tratou pela primeira vez, sobre o tema e embora não tenha apresentado um conceito para minoria, ressaltou o respeito aos direitos dos grupos minoritários, conforme se observa pela leitura do artigo 27 do referido Documento, *in verbis*:

Artigo 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Insta observar que o Pacto, em comento não desenvolveu um conceito preciso para as minorias, tendo apenas feito uma referência genérica quanto a esse grupo.

2.2 Direito Humanitário

A Teoria da Guerra Justa se consubstancia na ética da guerra, considerando que uma guerra deve ser moralmente justificável, havendo assim, dois critérios: o *jus ad bellum* e o *jus in bello*. O *jus ad bellum* é o direito dos Estados Internacionais em irem à guerra e ao uso da força armada em geral, sendo previstos a proibição do uso da força entre as Nações e as suas exceções, tais como, a legítima defesa, bem como a autorização da ONU para o uso de força armada. Por seu turno, o *jus in bello*, que é conduta correta na guerra e regula o próprio conflito armado e é sinônimo de Direito Internacional Humanitário (DIH); que também é conhecido como Direito dos Conflitos Armados, nomenclatura adotada, inclusive pela ONU.

Deve ser ressaltado que tanto o Pacto da Liga das Nações (1919), quanto o Tratado de Paris (1928) tentaram proibir a guerra, confirmado pela Carta das Nações Unidas de 1945, não obstante a Carta da ONU defender o direito das Nações à legítima defesa individual ou coletiva, em revide à agressão de outras Nações.

De acordo com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o DIH apresenta o seguinte conceito:

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é um conjunto de normas que, por razões humanitárias, visa limitar os efeitos dos conflitos armados. Protege as pessoas que não participam ou deixaram de participar direta ou ativamente das hostilidades e estabelece limites aos meios e métodos de guerra. O DIH também é conhecido como “Direito da Guerra” ou “Direito Internacional dos Conflitos Armados”. (CICV, 2022, p. 1)

O DIH contém nascedouro nas Convenções de Genebra e em seus Protocolos Adicionais, mas existem 03 (três) vertentes de sua aplicação:

Direito de Genebra

Pelo direito de Genebra, as normas de humanidade a serem observadas em tempo de conflitos armados, inclusive, no tocante aos inimigos de guerras, estão inseridas nas Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949 e nos seus Protocolos Adicionais de 1977 e 2005, aprovadas nessa data, após quatro meses de ininterruptas deliberações, a saber:

- Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a melhoria das condições dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha;
- Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a melhoria das condições dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar;
- Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; bem como,
- Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativa à proteção dos civis em tempo de guerra.

E os seguintes Protocolos Adicionais da Convenção, em epígrafe:

- Protocolo Adicional I, de 08 de junho de 1977: relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais;

- Protocolo Adicional II, de 08 de junho de 1977: relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais, como também,
- Protocolo Adicional III, de 08 de dezembro de 2005: relativo à aprovação de um sinal distintivo adicional.

Assim, o DIH é aplicado nas situações de conflito armado internacional (hostilidades entre os Estados Internacionais), nacional (conflitos internos) e misto (quando houver conflitos internacional e interno simultâneos).

No Brasil, as Convenções de Genebra foram ratificadas no ano de 1957.

Direito de Haia

O direito de Haia tem proveniência nas Convenções de Haia, realizadas em 18 de maio a 19 de julho de 1899 e 1907, que incluem textos como a Quarta Convenção de 1907, concernente às Leis e Costumes da Guerra em Campanha e o seu Regulamento anexo. A Primeira Conferência de Haia buscou promover o pacifismo ativo, por meio de um sistema de medidas preventivas para se evitar a guerra, além de estabelecer estratégias de desarmamento, que se destaca dentre as quinze Convenções de Haia.

Na esteira desse pensamento, infere-se que a guerra é medida de exceção, mas a mesma é permitida quando se tratar de um recurso necessário, devendo neste caso, o Estado Internacional se ater aos limites fixados pelo direito de Haia.

Direito de Nova York

O direito de Nova York refere-se às ações de tutela dos direitos humanos em períodos de conflitos armados, pela ONU, com sede em Nova York, no âmbito do DIH.

Considerando que a ONU tem como objetivo a manutenção da paz mundial, o DIH ficou por muito tempo sem estar inserido em seu contexto, posto que admitir o direito dos conflitos seria um contraponto, com relação à possibilidade da manutenção da paz mundial. Insta relevar que com a Resolução de 1968, a ONU fez uma releitura nesse tema, passando a admitir o DIH, através de desempenho de grandes trabalhos sobre esse assunto.

Nesse passo, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 2444 (XXIII), com o título “Respeito dos direitos humanos em período armado”, que se consubstancia em um marco na mudança de entendimento da ONU, quanto ao DIH.

O Direito dos Conflitos Armados regula a proteção contra as hostilidades, uma vez que busca *humanizar* os conflitos armados, com supedâneo nos seguintes princípios internacionais:

- **Princípio da Distinção:** no intuito de tutelar a população civil e as propriedades civis, este princípio estabelece a obrigação da distinção: de um lado, o que sejam civis e bens civis; e de outro, combatentes e objetivos militares, permitindo, assim, que os ataques militares só sejam permitidos no tocante ao segundo grupo (combatentes e objetivos militares).
- **Princípio da Proporcionalidade:** O princípio da proporcionalidade é corolário do princípio da distinção. Segundo esse princípio, o alcance do objetivo militar, a perda accidental de vidas civis ou lesões às mesmas e demais danos a bens civis, não devem ser excessivas, com relação à vantagem militar concreta. Assim, este princípio exige que as partes tenham a obrigação de prever os danos que possam ser causados aos terceiros civis, com um iminente ataque do conflito armado, incluindo-se, os efeitos indiretos que possam surgir como conseqüências ao conflito.
- **Princípio da Precaução:** o princípio consolida que as partes de um conflito armado têm o ônus de agir com precaução, com o condão de zelar pela população civil e pelos bens civis, durante os ataques militares, a partir mesmo das manobras de combates preparatórias. Nesse sentido, é mister a existência de precauções ativas e passivas – precauções para proteção dos civis e os bens civis, contra os efeitos dos ataques militares, podendo incluir medidas, tais como, alertas à população da iminência de um ataque militar; verificar se os alvos são mesmo alvos militares, dentre outras medidas.

Existe uma convergência de valores, no que tange ao DIH e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, considerando que ambos institutos jurídicos primam pela proteção da vida e pela valoração da dignidade da pessoa humana.

No entanto, convém apontar algumas diferenças entre esses corpos jurídicos, tais como: (i) desenvolveram-se em ramos distintos do Direito Internacional Público (DIP); (ii) apresentando assim, campos de ação diferentes; como também, (iii) o Direito Internacional de Direitos Humanos se aplica tanto em conflitos armados, quanto em tempos de paz; o que não ocorre, com relação ao DIH (CICV, op. cit.).

O objeto do DIH também difere: “Seu objeto é, portanto, diverso do direito internacional dos direitos humanos, que rechaça a própria guerra – basta saber que o objeto central da Organização das Nações Unidas é a paz (Oliveira e Lazari, op. cit., ps. 60-61).

No entanto, importa observar que malgrado haja diferenças e mesmo autonomia entre esses dois ramos do direito internacional, existe uma relevante complementaridade sistêmica. Isso se deslinda ante ao fato de que os Direitos Humanos são adotados, inclusive, quando não houver aplicação do DIH.

Cumprе relevar que existe uma convergência de valores entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados, a ser analisado a seguir.

2.3 Direito dos Refugiados

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, no bojo do seu artigo 14, previu a tutela expressa ao direito de obter asilo, *in verbis*:

Artigo 14º

1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.
2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

A Agência da ONU, que tutela os refugiados, é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR ONU), que está presente em 135 países oferecendo abrigo, proteção e apoio essencial para que famílias refugiadas possam reconstruir suas vidas com dignidade e segurança, tutelando assim, os direitos humanos dessas pessoas refugiadas.

Após a II Guerra Mundial, buscando resolver a situação dos refugiados na Europa, a ONU aprovou a Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, que é um tratado internacional que estabelece quem é um refugiado, além de prever os deveres do Estado, com relação aos refugiados.

A Convenção de 1951, no bojo do seu artigo 33 prevê o princípio fundamental de não expulsão ou de rechaço, estando vedado o retorno do refugiado a países perigosos, *in verbis*:

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. (ONU, 1951)

Nesse condão, o Princípio do *Non-refoulement* (ou não-repulsão), veda a expulsão de refugiados para as fronteiras de territórios, onde a vida e a liberdade, da pessoa que requer o refúgio em outro país apresente ameaças, seja de ordem, política, religiosa, racial, por filiação e o que mais se ofereça. Dessa forma, ninguém poderá ser obrigado a retornar a um país onde possa sofrer perseguições, sejam elas políticas, religiosas, dentre outras ou com risco de sofrimentos e morte.

A Convenção, em comento, garante os direitos humanos aos refugiados, dentre eles o acesso à justiça, ao trabalho e à educação, além de prever a emissão de documentos de viagem para os refugiados.

Por sua vez, a Política de Migrações tem por escopo defender os direitos e os deveres dos migrantes e dos países, através da regulamentação do fluxo das pessoas migrantes e a tutela de seus direitos humanos.

Nesse entendimento, a Política de Migrações se consubstancia no conjunto da legislação, ao lado das práticas migratórias adotados por um país, no intuito de gerenciar a entrada, a permanência e as saídas de pessoas não nacionais. Assim, o país por meio das leis e regulamentações e práticas poderá estabelecer as diretrizes para que o fluxo migratório, nos ditames dos tratados internacionais de direitos humanos, signatários pelo país.

A Lei nº 13.445, de 2017, conhecida como a Lei de Migração prevê os direitos

e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no país e estabelece os princípios e as diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

O direito dos refugiados trata da garantia de asilo dos indivíduos que estão fora de seu território nacional, seja em virtude de perseguição política ou racial ou religiosa, ou mesmo porque deixaram o seu país, por causa de conflitos armados, dentre outras razões.

É cediço que a história do direito dos refugiados apresenta origem nas Guerras Mundiais, quando se buscou tutelar os refugiados das duas Grandes Guerras, apresentando como palco das operações, a região da Europa.

Com a Guerra Fria, em que se disputavam políticas da parte leste e oeste do globo e assim, o direito dos refugiados foi sendo exercido, como garantia de proteção aqueles que deixavam o seu país, por essas razões políticas do regime. Deve ser frisado que o término da Guerra Fria desencadeou novos problemas nesses países, por meio de fixação de políticas de regime mais rígidas, endurecendo regras para aqueles que solicitavam refúgio em outro país.

Evidentemente, com os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, houve um desencadeamento internacional quanto às regras para o combate ao terrorismo, em que novas barreiras foram implementadas, concernentes aos pedidos de refúgio, levando à uma política internacional discriminatória.

Convém mencionar, por oportuno, que a questão do Conflito na Síria, em 2011, em que a maioria sunita se contrapôs ao Presidente sírio alauíta – que expressa a elite econômica e política síria.

De fato, a independência da Síria ocorreu em 1946, mas somente em 1971, após um golpe militar, é que a Síria alcançou a estabilidade política (Petrocelli, 2019). Assim, nos anos de 1970 a 2000, Hafez al-Assad governou a Síria, com mão de ferro (Costa, 2018). Com a morte de Hafez em 2000, o seu filho Bashar al-Assad assumiu o poder da Síria – e não o seu vice-presidente.

Importa lembrar a Primavera Árabe que foi composta por diversos protestos e revoltas na região do Oriente Médio e norte da África, ocorridos, a partir do ano de 2010, que se iniciaram na Tunísia e se expandiram para diversos territórios, tais como, o Egito, a Jordânia, Omã, Sudão, Iraque, Bahrein, Líbia, Kwait, Marrocos, Líbano, Síria e Israel. (Feitosa, 2016).

Nesse prisma, a partir da Primavera Árabe, houve uma Guerra Civil na Síria, como quebra da paz social e aumento da violência nos países envolvidos. Isto porque a população síria começou, por meio de protestos civis, a questionar a

autoridade de Bashar al-Assad e o seu regime de ditadura, iniciando-se, assim, em 2011, a Guerra Civil da Síria.

Com o aumento de muitas mortes na Síria, milhares de nacionais desse país fugiram, buscando refúgio em países vizinhos, multiplicando de forma exponencial, o número de refugiados, oriundos da Síria, que hoje estão espalhados em mais de 125 (cento e vinte e cinco) países.

Segundo o ACNUR Brasil, mais de onze milhões de pessoas foram obrigadas a deixar tudo para trás na Síria, buscando escapar das bombas e balas que atingiram as suas casas; sendo que “A infraestrutura do país está seriamente comprometida e cidades estão completamente destruídas. Cerca de 35% das crianças refugiadas sírias estão fora da escola.” (ACNUR Brasil, 2020).

Os refugiados da Síria apresentam um novo diferencial, na medida que não se trata de deixar o país natal por uma perseguição política a determinado grupo de nacionais sírio, mas sim, versa sobre o perigo de morte eminente naquele país, por causa do conflito.

Com o aumento exponencial dos refugiados, vindos do Estado da Síria, sobretudo após o ano de 2015, infere-se que essas pessoas se arriscavam em travessias pelo Mar Mediterrâneo, que muitas vezes, acabavam em mortes, pelo que se pode observar, adiante:

Figura 1: Refugiados e a travessia pelo mar



Fonte: Globo, 2016

É preciso mencionar, ainda, os refugiados que têm buscado deixar a África, em virtude da miséria extrema e da fome, em prol da tutela dos direitos humanos desses povos. Os países africanos com maiores números de refugiados são a Etiópia, Quênia e Chade. O ACNUR tem buscado dar assistência à essa grande população africana de refugiados, para que assim, possam enfrentar os desafios econômicos-sociais.

Segundo os dados da Agência ACNUR, até o final de 2024, 123,2 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a deixar os seus lares por causa de guerras, perseguições e violações de direitos humanos e eventos que perturbaram seriamente a ordem pública. Nos últimos dez anos, o número de pessoas que se deslocaram à força praticamente dobrou. Até o final de 2024, 1 em cada 67 pessoas desse grupo de pessoas (deslocamento à força), em todo o mundo, se tornaram refugiadas, sendo que a maioria está vivendo em países de baixa e média renda.

Para melhor clarificar o tema, insta reproduzir o mapa das regiões com maiores deslocamentos à força de pessoas no mundo, a seguir:

Figura 2: Mapa das Regiões com maiores deslocamentos à força de pessoas



Fonte: ACNUR

Entre as pessoas deslocadas à força estão aquelas que foram obrigadas a se deslocar dentro de seus próprios países devido a conflitos – cujo número, no final de 2024, havia alcançado 73,5 milhões, após um forte aumento (de 6,3 milhões de pessoas) – e os refugiados que foram forçados a deixar seus países (42,7 milhões de pessoas).

Cumprе mencionar a situação do Sudão, com 14,3 milhões de refugiados e deslocados internos, que se tornou no país com o maior número de pessoas deslocadas à força no mundo, vindo a superar a Síria (com 13,5 milhões). Logo a seguir, existe a situação do Afeganistão (com 10,3 milhões) e a Ucrânia que apresenta 8,8 milhões ucranianos deslocados à força (ACNUR).

Convém apontar, por oportuno, o abuso e o sofrimento sofrido pelos refugiados, na rota da imigração, expressos, inclusive, por tráfico de órgãos e de sangue. Isto porque no caminho da Europa, contrabandistas oferecem dinheiro por sangue ou mesmo por órgãos ou partes do corpo; quando não extraem sangue à forma dos refugiados, mantidos em cativeiro. Existem, ainda, o tráfico de órgãos, como moeda de pagamento para os traficantes de pessoas que organizam as viagens perigosas de refugiados, ocorridos na Líbia, no Egito, no Sudão, Níger, Nigéria, Burina Faso, Turquia e Uganda. De fato, três quartos dos entrevistados em uma pesquisa realizada pela Organização Internacional para Migração (OIM), Agência da ONU, afirmam ter sofrido ou assistido a esses abusos e violências (Globo, 2016).

Existem, ainda, os milhões de casos de refugiados, com entrada na Europa, de forma ilegal, como demonstra a imagem, a seguir:

Figura 3: Refugiados e a entrada ilegal nos países



Fonte: Ruic, 2016.

Assim, formou-se uma crise no bloco europeu, que vem buscando, por meio de mudanças na política migratória, administrar essa crise migratória, por meio de regras e legislação, que possam corroborar com essas transformações, com o propósito de conter a crise dos refugiados, por um lado, atendendo a assistência humanitária; e por outro, garantir os interesses dos nacionais europeus,

Os números globais demonstram que a Guerra Civil do Sudão é a maior crise de deslocamento forçado do mundo, perfazendo um total de 14,3 milhões de sudaneses deslocados, na configuração forçada, no final de 2024; o que equivale a 3,5 milhões de pessoas a mais do que dos 12 meses anteriores, vindo a representar o índice de um em cada três, de toda a população nacional; o que significa uma população descomunal.

É preciso lembrar que a Guerra Civil do Sudão iniciou-se em 15 de abril de 2023, com o combate das Forças Sudanesas e as Forças de Suporte Rápido (RSF), que antes haviam sido adotadas pelo governo do Sudão, para auxiliar o Exército a neutralizar uma rebelião e assim, a Guerra Civil espalhou-se em todo o Sudão.

De fato, os militares sudaneses e os grupos pró-democracia têm exigido a integração das RSF nas Forças Armadas sudaneses, mas essa tem sido uma das controvérsias entre os referidos grupos sudaneses, dificultando assim, a assinatura de um acordo (Reuters e Público, 2023).

Com relação às suas populações nacionais, o Líbano (1 em cada 8) acolheu o maior número de refugiados e outras pessoas que necessitam de proteção internacional,

seguido pela ilha de Aruba (1 em 9), Chade (1 em 16), Curaçao (1 em 16) e Jordânia (1 em 18), (ACNUR, 2024).

3. CRÍTICAS À CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DOS DIREITOS HUMANOS

Insta esclarecer, por oportuno, que a concepção clássica apresentava o entendimento da existência das três vertentes dos direitos humanos (direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados) – comentadas no item anterior, sem comunicação entre elas.

Nos tempos hodiernos, esse discernimento está superado, ante a

ressignificação dessa visão clássica, em que de forma unânime, “essas três vertentes se **complementam, não se excluem**, e podem se fazer presentes **simultaneamente** em algumas situações” (Oliveira e Lazari, op. cit., p. 58). Existe assim, uma simbiose nessas três áreas para melhor compreensão temática.

A visão separatista clássica se explica, na medida em que essas vertentes apresentam origens distintas: (i) os direitos humanos humanitários têm como fito, a proteção das vítimas dos conflitos armados, enquanto que (ii) os direitos humanos dos refugiados buscam reconstruir os direitos humanos mínimos daqueles que deixaram os seus países de origem. (Trindade, 2004)

Nesse ângulo, Trindade (2004) critica, ainda, a classificação *tripartite* dos direitos humanos, uma vez que dever-se-ia converter essa tríade para melhor proteção integral do ser humano.

Por seu turno, Flávia Piovesan (2011) enfatiza a superação dessa classificação, em face da identidade de propósitos e da aproximação conceitual, normativa, hermenêutica e operacional dessas vertentes.

Nesse contexto, importa frisar que hoje, a visão da tutela dos direitos humanos é uma e indivisível, sob um olhar holístico e sistêmico, sendo que a tríade classificatória se interage, em uma visão complementar para fins de garantia da dignidade humana de todos os povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção internacional dos direitos da pessoa humana apresenta destaque e relevância nos dias hodiernos, ante a centralização da pessoa humana.

A concepção clássica apresentava o entendimento da existência das três vertentes dos direitos humanos (direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados), áreas isoladas e independentes, que não se comunicavam entre si.

A doutrina atual tem apresentado uma releitura dessa perspectiva, pela ressignificação desse entendimento clássico, que passou a vislumbrar a tutela dos direitos humanos, como uma proteção una e indivisível, sob um olhar holístico e sistêmico, sendo que a tríade classificatória se interage, em uma visão complementar para fins de garantia da dignidade humana de todos os povos.

Conclui-se que o estudo dos direitos humanos, embora possam apresentar 03 (três) eixos demarcatórios, esses não se separam, ou se excluem, podendo ser aplicados, no caso concreto de forma simultânea. Dessa forma, os direitos humanos poderão corroborar para que o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, previsto no inciso IX, do artigo 4º, da *Magna Carta*, possa regular as relações internacionais da República Federativa do Brasil, pelo primado do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

- ACNUR. Dados: refugiados no Brasil e no mundo. Disponível em: <<https://www.acnur.org/br/dados-refugiados-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em: 10 set. 2025.
- ACNUR. Global Trends report 2024. 2024. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/global-trends-report-2024>>. Acesso em: 10 set. 2025.
- ACNUR Brasil. Guerra da Síria: 9 histórias emocionantes para refletir sobre o conflito. 9 de mar. 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/br/noticias/comunicados-imprensa/guerra-da-siria-9-historias-emocionantes-para-refletir-sobre-o>>. Acesso em: 10 set. 2025.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 21 ago. 2025.
- BRITO, Jaime Domingues. Minorias e Grupos Vulneráveis: Aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI - UENP / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 11 (julho-dezembro); p. 95-110. Jacarezinho-PR, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/649/661>>. Acesso em: 25 ago. 2025.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/172905/a_era_dos_direitos.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2025.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política I*. Tradução: Carmen C. Varriale et al, Coord. Trad. João Ferreira; ver. Geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 11ª. ed. V. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- Disponível em: <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>>. Acesso em: 18 Ago. 2025.

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEITRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direitos Humanitários, Direitos dos Refugiados, São Jose, Costa Rica: IIDH, 1996. Disponível em: <<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/9376.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2025.
- CAPOTORTI, Francesco. Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities. New York: United Nations, 1979.
- CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in) tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil*, n. 64, p. 201-223, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rieb/n64/0020-3874-rieb-64-0201.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2025.
- CHAVES, Mendes L. G. Minorias e seu Estudo no Brasil. *Revista Ciências Sociais*. Vol. 2. n. 1, 1971. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/4487/1/1971_art_LGMChaves.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2025.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. CICV. Genebra, Suíça, nov. 2016. Disponível em: <<https://www.mpm.mp.br/wp-content/uploads/sites/5/2019/08/genebra-convencoes.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2025.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. CICV. Genebra, Suíça, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/publication/os-protocolos-adicionais-convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>>. Acesso em: 13 set. 2025.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *O que é Direito Internacional Humanitário?* Serviço de Assessoramento em DH. CICV. Genebra, Suíça, jun. 2022. Disponível em: <https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/o_que_e_o_dih.pdf>. Acesso em: 10 set. 2025.
- COSTA, Leandro Santos da. *Estado Islâmico: Análise de sua expansão na Síria*. Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Rio de Janeiro, 2018.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Direito internacional público. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.
- FEITOSA, Alexandre Mariano. *As ações da ONU na Guerra da Síria: Uma experiência multicultural*. Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro, 2016.
- FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. SP: Saraiva, 2015.
- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- JUBILUT, Liliana Lyra et al (ORGs). *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2019. Disponível em: <<https://observatoriodh.com.br/wp-content/>>

- uploads/2020/12/Direito-Humanos-e-Vulnerabilidade-e-Direito-Humanitario.pdf>. Acesso em: 04 set. 2025.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e VARGAS, Eliziane Fardin de. Grupos Vulneráveis e Minorias: Há uma distinção terminológica na Constituição Federal de 1988 e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*; v. 9, n. 3, p. 877-904, set./dez.2023. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/732>>. Acesso em: 04 set. 2025.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Desafios e perspectivas dos direitos das minorias no século XXI. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 161-169, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11759/9844>>. Acesso em: 07 set. 2025.
- MAIA, Luciano Mariz; ROCHA, Carmem Lucia Antunes. A proteção das minorias no direito brasileiro. Seminário Internacional: as minorias e o direito, CJF, 2003. (*Série Cadernos do CEJ*; v. 24). Artigo 3. Disponível em: <https://dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/Immaia_prot_minorias_direito_br.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2025.
- MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. In: *Revista USCS – Direito – ano X - n. 17 – jul./dez. 2009*; pp. 141-156; Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/888>. Acesso em: 15 ago. 2025.
- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia e LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. Volume único. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. New York: ONU, 1966. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2025.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. New York: ONU, 1948. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2025.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção de 28 de julho de 1951*. Estatuto dos Refugiados. Disponível em < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 09 set. 2025.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas*. 1992
- Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic>>. Acesso em: 10 ago. 2025.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Resolução nº 2444 (XXIII)*, com o título “Respeito dos direitos humanos em período armado”. Disponível em: <<https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih3.html>>. Acesso em: 28 ago. 2025.
- PETROCELLI, Leonardo Johas. *O Conflito sírio como resultado da formação territorial: poder*

- político e sectarismo religioso. *A Geografia Brasileira na CiênciaMundo*. XIII Enanpege. São Paulo, 2019.
- PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (Org.). *Teoria Geral dos Direitos Humanos: Princípios, Histórico e Temas Atuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. 1).
- PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O tribunal penal internacional e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- REUTERS E PÚBLICO. Quem são as RSF, o grupo paramilitar que está a tentar tomar o poder no Sudão? 15 de abr. 2023. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2023/04/15/mundo/noticia/sao-rsf-grupo-paramilitar-tentar-tomar-sudao-2046242>>. Acesso em: 15 set. 2025.
- RUIC, Gabriela. Como 10 países europeus enxergam os refugiados. *Exame*. 13 de ago. 2016. Disponível em: <https://classic.exame.com/mundo/como-10-paises-europeus-enxergam-os-refugiados/?utm_source=copiaecola&utm_medium=compartilhamento>. Acesso em: 08 set. 2025.
- SÉGUIN, Elida. *Minorias e Grupos Vulneráveis: Uma Abordagem Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, passim.
- SEMPRINI, Andréa. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ROSTELATO, Telma Aparecida. A Inclusão Social das Pessoas Pobres, sob o enfoque da Assistência Jurídica Gratuita – O Paradoxo para com o Princípio da Dignidade Humana. *Revista jurídica da Toledo de Presidente Prudente-SP*; v. 13. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2625>>. Acesso em: 08 set. 2025.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIOAL. Estatuto de Roma. 1998. Disponível em: < <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/ESTATUTO-DE-ROMA-DO-TRIBUNAL-PENAL-INTERNACIONAL3.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2025.
- VIANA, Nildo. O Que São Minorias? *Revista Posição*. Ano 3, Vol. 3, num. 9, jan./mar. 2016.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, GHIRARDI, José Garcez, FEFERBAUM, Marina (Coord.), *Direitos Humanos e Vida Cotidiana*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.
- WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção Internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

A HISTÓRIA DOS CONCEITOS DE KOSELLECK¹

André R. C. Fontes²

Resumo: O artigo é uma reflexão introdutória sobre a História dos Conceitos, de Reinhart Koselleck.

Palavras-chave: semântica - diacronia - sincronia

Abstract: The article is an introductory reflection on Reinhart Koselleck's History of Concepts.

Keywords: semantics - diachrony - synchrony

Ao expor suas ideias sobre a *História dos Conceitos*, Koselleck, em primeiro lugar, a distingue das histórias especiais, tais como, *verbi gratia*, a *História da Economia da Inglaterra* ou a *História da Diplomacia da Alta Idade Média*. Esses dois exemplos consubstanciam delimitações temáticas temporais e regionais de uma única *História Geral*. O historiador ou o pesquisador compreende que só pode alcançar sua tarefa ao conciliar elementos que compõem o campo da investigação mediante uma certa e precisa demarcação: a do período ou do espaço estudado. Para se entender a *História dos Conceitos* deve-se postular a sequência de eventos (*res gestae*) que se sucedem no mundo sem particularizações históricas de espaço e tempo. E isso é possível sempre que os acontecimentos sejam condicionados

¹ Reflexões de Metodologia da Ciência Política a partir das preleções do Professor Luís Alves Falcão, no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (PPGCP), do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia (ICHF), da Universidade Federal Fluminense (UFF).

² Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNI-RIO).

a uma unidade absoluta, tal como ocorre, *exempli gratia*, com a *História Social*. A *História Social* reclama que suas premissas busquem elementos universais e necessários à compreensão de uma *História* que nos ofereça conhecimentos continuados e que se projetam em seu mais amplo espectro, independente, portanto, de limitações temporais e espaciais. Para se melhor compreender essa dimensão desprovida de particularismos e de delimitações, deve-se entender que a *História dos Conceitos* se estende e se aplica a todas as histórias especializadas. Do mesmo modo que só é possível uma *História Social* (geral) das ocorrências que se sucedem no mundo e que estão condicionadas ao objeto dessa mesma *História Social* é que, *pari passo*, torna-se impossível uma *História dos Conceitos* que não abranja todas as etapas existentes. Essa dedução da abrangência universal de todas as histórias especializadas pela *História dos Conceitos* é condição mesma de validade da sua autofundamentação teórica.

Por outro lado, o vocabulário técnico da língua alemã é diverso da língua portuguesa para o termo (português) *história*, de modo que, sem equivaleres exatos, é necessário lembrar das duas palavras alemãs, "Geschichte" e "Historie", traduzidas pelo mesmo vocábulo em nosso idioma, e frequentemente usadas por Koselleck. Uma ressalva em latim deve ser usada - tal como Koselleck também o faz em sua obra -, a fim de alertar e minimizar o problema de tradução: (i) para as diferentes formas de registrar e representar linguisticamente os acontecimentos, ou seja, a história que se conta, que se exprime linguisticamente, e que se diz, usa-se a *historia rerum gestarum*; e, (ii) para a história como ocorrência, como sequência de eventos nos valem da locução latina *res gestae*. Melhor dizendo, a distinção do vernáculo *história* para a língua alemã e seu correspondente latino deve ser da seguinte forma: ("die") "Geschichte" para a *res gestae*, ou seja, a sequência de acontecimentos; e, ("die") "Historie" para a *historia rerum gestarum*, ou a seja, a representação linguística dos acontecimentos. O próprio Koselleck afirma que é tão importante a história linguística quanto a investigação dos conceitos na História das sociedades humanas. Uma observação parece útil para melhor compreensão das diferenças de vocábulos: conquanto pareça estranho a quem se expressa em português que uma palavra possa corresponder a dois vocábulos diferentes, para outros exemplos podem ser lembrados: "Zeit" para o tempo que corre, período ou época, a depender do contexto; e "Wetter" para o tempo como clima; ou ainda, do modo mais técnico, "Wirklichkeit" para a realidade física e "Realität" para a realidade metafísica. É de boa lembrança a opulência vocabular da língua alemã, que possivelmente só fique atrás da língua inglesa.

Dessas observações podem-se também extrair outras conclusões introdutórias da obra de Koselleck. Destacamos a ideia de que não é de toda palavra que se pode extrair um conceito. Algumas são desprovidas de um conceito no sentido histórico, como seriam exemplo uma interjeição “oh” ou mesmo uma conjunção “e”, desassociada de outros termos, embora “Pedro e Inês” seja uma construção particularmente marcante para a História de Portugal e “Pontes e Lacerda” seja o nome de um município no estado do Mato Grosso. Diferentemente, por sua vez, palavras como *Estado*, *revolução*, *ordem* e *sociedade*, trazem certo nível de teorização e reflexão.

Se a *palavra* traz certo nível de teorização e de um entendimento reflexivo, é porque a *História dos Conceitos* não se reduz a um fenômeno de linguagem. A *língua* não se constitui na última instância da experiência histórica. Uma orientação linguística para a *História dos Conceitos* levaria o historiador ao puro campo *hermenêutico*. Seria como reduzir o amor de um casal de um acontecimento à linguagem expressada em cartas ou formas equivalentes.

Em verdade, o *conceito* é sempre concomitante a um *fato*. Não é apenas efetivo como um fenômeno linguisticamente identificado, mas indicativo de algo que se situa além da língua. Embora possa estar identificado por um termo linguístico, pode-se até se indicar a partir de quando o termo se tornou contemplado por uma teorização e mesmo quanto tempo levou para ser alcançado. Para bem situar o seu pensamento do fato correspondente ao conceito, Koselleck desdobra do conceito um *fato* (“Faktor”) e um *indicador* (“Indikator”). O vocábulo alemão “Bund” é usado como demonstração dessa dissociação do conceito com a linguagem, especialmente porque esse termo (“Bund”) evoluiu para significar desde “liga”, “federação”, ou um tipo de “união”, e receber nas mais diversas épocas aplicações diferentes como, por exemplo, “liga de cidades” (para cidades-Estado alemães), Liga suábica (para a liga dos [povos] suábios), também usados por holandeses e suíços – sendo certo que esses últimos (os suíços) preferiram que sua federação não fosse marcada por dúvidas e hesitações em seu significado e, por isso, preferiram que recebesse um termo de origem latina *confederatio* (daí o nome oficial Confederação Helvética, e a correspondente sigla CH). Modernamente o termo “Bund” é traduzido como correspondente à federação e hoje integra o nome oficial da República Federal da Alemanha (Bundesrepublik Deutschland), mas não se adjetiva como tal, como é a tradução oficial da República Federativa do Brasil (Föderative Republik Brasilien), embora

integre a versão alemã de países que usam a forma federal de Estado em seu nome: Bundesrepublik Nigeria (República Federal da Nigéria), Bundesrepublik Somalia (República Federal da Somália) Demokratische Bundesrepublik Äthiopien (República Democrática Federal da Etiópia), Demokratische Bundesrepublik Nepal (República Democrática Federal do Nepal).

Importa distinguir o *conceito* tratado por Koselleck da sua forma mais usual. Um conceito não é um verbete enciclopédico rico em eruditas definições e muito menos parte de um léxico conceitual que não o afastaria de um dicionário. O *conceito* de Koseleck é um plexo de imbricações e emaranhados de perguntas e respostas, de textos e contextos. E ao comparar com a *Enciclopédia*, chama atenção para a observação de que nessa obra (Enciclopédia) Diderot afirma que a língua francesa é posta como condição última de possibilidade para a formulação de certos conceitos. É nesse sentido que Koselleck questiona serem realmente passíveis de dedução do léxico da língua francesa alguns dos conceitos formulados naquela língua, motivo pela qual, pois, haveria de se indagar se é possível a língua francesa viabilizar certas formulações conceituais. Em perspectiva estática pode-se pressupor que a formação das palavras poderia ser derivada de um conjunto mais amplo do que está à disposição da língua. Podemos suscitar, no caso, uma palavra francesa para sua corresponde portuguesa para “abraço” ou “mente” e indagarmos essa capacidade da língua francesa da prometida função de Diderot.

Koselleck ressalta que a palavra *Estado* – concebida por Maquiavel – pensada em uma articulação com a ideia de *sociedade* poderia encontrar um significado ao longo do tempo sem a distinção feita por Hegel. Daí por que entende ser necessário um procedimento de ordem metodológica ([die] Ausgrenzung) traduzido por *delimitação*. É nessa linha de raciocínio que afirma a necessidade de que todo *conceito* só pode ser pensado enquanto tal e a partir de uma única vez. O que significa dizer que sua formulação teórico-abstrata se relaciona a uma única situação concreta. Esse caráter único invalidaria a possibilidade de se depender da escrita ao longo da história, especialmente por conta das mudanças que sofreria no curso do tempo. Recorre, então, Koseleck, ao termo saussuriano *diacronia*. Usa Koselleck o termo original aristotélico koinonía politiké para exemplificar que sua tradução para *res publica* ou *societas civilis* (essa última feita por Marco Tulio Cícero) encontra nítidas variações. Também o termo grego aristotélico koinonía politiké foi traduzido por *cidadania romana* após sua ampliação pelo Imperador Caracala, em

212 da nossa era. Modernamente, o significado diversificou-se em vários idiomas de modo a que no sistema linguístico alemão seria “bürgerliche Gesellschaft”, “société civile” ou “politique” em francês ou ainda “civil society” em inglês.

Da língua alemã traz Koselleck uma controvérsia que fundamenta sua crítica. É que “bürgerliche Gesellschaft” tem uma origem peculiar no idioma de Goethe, especialmente relacionada à unidade do poder político (“Herrschaftseinheiten”), especialmente no interior do que se compreende normalmente hoje como Alemanha. A despeito de expressar alguma semelhança com a Grécia antiga quanto à organização do poder político, ela implicava uma pendular articulação conceitual entre *cidadão* e *poder político*, sendo que na antiguidade Atenas tinha o que seria o cidadão grego, igualmente composta de indivíduos com *status* diferenciados, nomeadamente estrangeiros e escravos, tal como nas terras alemães, *mutatis mutandis*, integrada por ricos comerciantes - com direito de cidadania por meio de assento parlamentar - e os “não cidadãos” urbanos – sem nenhuma representatividade.

Em sua exposição de ordem quanto à seleção dos *conceitos*, lembra Koselleck que a base econômica dos cidadãos não era nem mesmo formulada a partir do termo *economia*, pois até a metade do Século XVIII o conceito de *Economia* designava o conhecimento do governo da casa (*economia doméstica*) da qual era senhor tanto o proprietário como o chefe de família, pois era aplicável desde o mais rico comerciante até ao mais humilde camponês. O conceito de *Economia*, tal como chegou até nós, só viria com os mercantilistas no ano de 1720, especificamente por deslocarem a Economia dos seus limites domésticos para um território sensivelmente ampliado, assim como pressupondo cálculos econômicos mais ampliados e uma preocupação orçamentária. Destaca Koselleck a contribuição de Adam Smith na ultrapassagem dos limites da forma política específica para algo voltado a suprir as necessidades e aumentar a satisfação geral por meio de condições de produção adequadas à realização de tais objetivos.

O resultado da sua fundamentação conceitual é o caráter único e particular que configura o momento concreto em que um conceito é formulado e articulado. A premissa de haver uma *palavra* serve para lembrar que novos conceitos são produzidos e pensados, a despeito de a *palavra* continuar a mesma. Por detrás dessa eloquente afirmação, está a lembrança de que os conceitos poderiam não ter uma história, o que levaria a crer que poderiam tornar inteligível somente aquilo que se apresentasse no seu caráter único e de novidade. Para Koselleck,

o caráter da língua é único e, em certo sentido, irrepetível. De modo que, ao se dizer algo, só será compreendido na medida em que o interlocutor conhecer a semântica de quem fala, já que sem o conhecimento prévio do significado das palavras utilizadas, nada seria compreendido. Conclui que a *semântica* é imprescindível na comunicação linguística, ou no uso pragmático da língua. Diz que é impossível a convivência social, fazer política ou revolução ou qualquer ato social ou histórico, sem que possa ser articulado por uma língua. Mas dificilmente se poderia pressupor qualquer situação política ou social sem uma semântica pré-existente. Essa semântica teria que ser repetida para um conteúdo sempre compreensível. Nesse ponto – ainda com Ferdinand de Saussure –, a *sincronia* funciona no seu momento específico de comunicação. A comunicação da linguagem pragmaticamente considerada é *sincrônica*; mas é dependente da *diacronia* para o seu prévio conhecimento. Então, defende Koselleck que em cada *sincronia* há uma *diacronia* presente na *semântica*, indicando uma temporalidade que não se pode alterar. É nesse ponto que a *História dos Conceitos* pode ser escrita, pois em cada utilização específica de um conceito estão contidas forças *diacrônicas* sobre as quais não se pode expressar por mera *semântica*.

Para Koselleck, o maior exemplo da inserção da *diacronia* na *sincronia* é a *História*. É que os vários sentidos da *História* estão cercados de alterações que vão desde a descrição de relatos do que ocorrera (ou mesmo história da história dos relatos submetida a agregações teóricas, abstratas concebendo-as como objeto da construção do sujeito-autor) até a ideia de relato da *res fact*, e desse modo separar analiticamente o ato de pensar, escrever e falar sobre aquilo que é feito, daquilo que é simplesmente pensado. De relatos do que é falado ou a soma das histórias relatadas para a captura do empírico, tornou-se assim a *História* um conceito transcendental, articulando condições possíveis da realidade no ato do pensamento.

Disso resulta a possibilidade da reunião de conceitos, dicionarizada, a partir da *diacronia* contida na *sincronia*. É nesse ponto que a ideia do *Dicionário de Conceitos* difere dos outros dicionários, especialmente por ordenar a estrutura temporal e das fontes de cada conceito. Não é, portanto, um aglomerado arbitrário de termos voltados para determinado segmento ou uso, mas as fontes ou fontes únicas (porque não acontecem diariamente). As fontes únicas não se perderiam, ou seja, as fontes primárias acabariam por se articularem com o cotidiano e cujo sentido primeiro seria leitura única. A palavra *Estado* é tomada

como exemplo dado aos inúmeros conjuntos de opções para a sua projeção. Contribuímos com a lembrança de *soberania*, que igualmente comporta mais de um sentido; pois se um dia partia de uma pessoa natural – o soberano –, foi assumida definitivamente para os Estados modernos, além de desdobrar-se em mais de um sentido. É de boa lembrança que o fato originário da criação do conceito até pode ser identificado, mas se tornou inútil na pragmática linguística, a despeito do elemento diacrônico estar presente na sua sincronia. Um bom exemplo é a palavra *palácio*, originária de uma construção relacionada ao monte Palatino na Roma antiga, ou o termo *matrimônio*, que era associado à figura da *mater* (mãe), já que era inconcebível a romana ter filhos sem ser casada. Exemplos mais corriqueiros como navios da *classe monitor* que eram inspirados no *navio monitor* concebido de forma inovadora durante a Guerra Civil dos Estados Unidos da América; ou a palavra *torpedo* que atendia um tipo de arma naval de lançamento na superfície ou convés de um navio, para se tornar um mecanismo disparado de forma imersa ordinariamente por submarinos.

Aplicada aos textos religiosos, literários, filosóficos, políticos dentre outros, a ideia da repetição poderia sofrer algum embaraço por conta da falta de uma realidade contemporânea das descrições factuais que são enunciadas nas obras. A atualidade do texto bíblico seria um bom exemplo da ideia de repetição sincrônica desamparada por uma diacronia intempestiva. Em verdade, cada repetição está submetida à imperiosa necessidade de subsumir-se à mesma linguagem, ao mesmo conjunto ortodoxo de conceitos e categorias. Por isso, o exemplo vai muito além da religião, tal como o extraído do texto de Koselleck, que são os de Karl Marx, pois haveria de se questionar que se até certo ponto são verdadeiramente sagrados para alguns adeptos dos pensamentos desenvolvidos, será tomado com a semântica *a priori* conhecida, sem prejuízo da alteração dos fatos que se apresentam realística e quotidianamente diante desse mesmo leitor fiel e convicto.

BIBLIOGRAFIA

BEZERRA, Danieli Machado. *Reinhart Koselleck e a linguagem*. Curitiba: Appris, 2018.

FERES JÚNIOR, João. *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

FERES JÚNIOR, João; JASMIN, Marcelo. *História dos conceitos: diálogos transatlânticos*. São Paulo: Loyola, 2007.

JASIMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. *História dos conceitos: debates e perspectivas*. São Paulo: Loyola, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. *História de conceitos*. Trad. Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020.

KOSELLECK, Reinhart. *Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos*. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992. p. 134-146.

KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *História y hermenêutica*. Tradução para o castelhano por Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1997.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POCOCK, J.G.A. *Linguagens do ideário político*. Trad. Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2013.

SANTOS, Theofílo de Azeredo. *Direito da navegação*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SKINNER, Quentin. *Significado e interpretação na História das ideias*. Tempo e argumento, v. 9. n. 20, p. 358-399, 2017.

CRITÉRIOS DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E CONTROLE JUDICIAL: LEGALIDADE E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Débora Maliki¹

Resumo: O presente artigo analisa a legalidade do procedimento de heteroidentificação em concursos públicos e processos seletivos para ingresso no ensino superior, especialmente no contexto das políticas afirmativas. Examina-se a constitucionalidade da exigência de verificação fenotípica, além da autodeclaração, considerando princípios como a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa. O estudo também discute a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema, demonstrando que o controle judicial limita-se à legalidade do ato administrativo, sem interferência no mérito da decisão.

Palavras-chave: Heteroidentificação; cotas raciais; controle judicial; legalidade; princípios constitucionais.

HETEROIDENTIFICATION CRITERIA AND JUDICIAL CONTROL: LEGALITY AND APPLICABLE PRINCIPLES

Abstract: This article examines the legality of heteroidentification procedures in public examinations and higher education admissions, particularly within the framework of affirmative action policies. It explores the constitutionality of requiring phenotypic verification in addition to self-declaration, considering key principles such as legal certainty, due process, and the right to adversarial proceedings. Furthermore, the study

¹ Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA), cursado na cidade do Rio de Janeiro, RJ, Brasil, na linha de pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Justiça Administrativa (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense (UFF), cursado em Niterói, RJ, Brasil, com área de concentração em Direito Administrativo. Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

also analyzes the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), demonstrating that judicial control is limited to assessing the legality of administrative acts, without interference in the discretionary merits of such decisions.

Keywords: Heteroidentification; racial quotas; judicial control; legality; constitutional principles.

INTRODUÇÃO

Na experiência ocidental, a organização do poder estatal parte da vontade da maioria, aferida periodicamente por meio das eleições, evento que sintetiza e, ao mesmo tempo, comprime a expressão democrática. Contudo, é importante observar que existe uma relação essencial entre a limitação do poder do Estado, a garantia de direitos e a opção pela democracia. Isso porque a verdadeira democracia, além de consagrar a vontade da maioria, deveria ter uma visão sobre a minoria e os grupos desamparados.

Nesse diapasão, surge a discussão sobre os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, evidenciando a necessidade de conciliar democracia e respeito à diversidade. É também nesse contexto que se questiona a efetividade do conceito de identidade social, frequentemente utilizado no debate, pois há um consenso de que a identidade das minorias não é um dado natural, mas uma construção social (ALVES, 2022).

A partir do conceito de identidade social, compreendido sob a ótica spinozana como resultado de relações dinâmicas, e não de essências fixas (SPINOZA, 2009), é possível perceber como a sociedade, embora mutável, continua a produzir efeitos concretos sobre os indivíduos, como discriminação e exclusão. Tais processos podem ser enfrentados por meio de políticas públicas voltadas à promoção da igualdade e à reparação de desigualdades históricas.

Cabe consignar que a política de cotas é uma forma de intervenção estatal voltada a promover a inclusão de indivíduos pertencentes a grupos vulnerabilizados, com o objetivo de reequilibrar as oportunidades sociais e garantir maior representatividade nos diversos setores institucionais. Ao enfrentar as barreiras resultantes do racismo estrutural e de outras formas de opressão, a política de cotas afirma-se como um mecanismo de justiça social e de promoção da cidadania plena.

O sistema de reserva de vagas para grupos históricos marginalizados, notadamente pretos, pardos e indígenas (PPI), é um mecanismo essencial para a promoção da igualdade material no Brasil. Regulamentado pela Lei Federal n.º 12.711/2012 (BRASIL, 2012b) e pelo Decreto Federal n.º 7.824/2012 (BRASIL, 2012a), o sistema de cotas tem sido complementado pelo procedimento de heteroidentificação, destinado a prevenir fraudes no acesso a tais políticas afirmativas.

Ocorre que a aplicação desse procedimento não é pacífica, suscitando questionamentos sobre a sua legalidade e os seus limites, particularmente no que concerne à presunção de veracidade da autodeclaração e ao respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois, na prática, são verificadas “zonas cinzentas”, com dúvida razoável quanto ao enquadramento do candidato nas cotas.

Diante desse cenário, o presente estudo analisa a jurisprudência sobre a matéria, demonstrando que a legalidade da heteroidentificação está condicionada à observância do edital, à fundamentação da decisão administrativa e às garantias processuais. Frise-se que a temática é nova e os casos concretos estão criando jurisprudência, a qual ensejará, no futuro, orientação uniforme quanto aos critérios legais, equânimes e igualitários de isonomia para o preenchimento do edital.

O que pode ser mais tortuoso para o jurista do que a dúvida razoável? A jurisprudência da 6ª Turma do Tribunal Regional da 5ª Região (TRF-5) entende que, quando há divergência entre membros das comissões de heteroidentificação quanto ao fenótipo do candidato, configura-se uma “zona cinzenta”, que gera dúvida razoável, e, nesses casos, deve prevalecer a autodeclaração racial. Essa orientação visa a resguardar o princípio da igualdade e garantir a continuidade do candidato nas fases do concurso público, evitando dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente diante da proximidade das etapas subsequentes (BRASIL, 2025).

A decisão do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 41/DF, relatada pelo ministro Luís Roberto Barroso, ressaltou a importância da reparação histórica como um dever diante do racismo estrutural presente na sociedade brasileira. A Suprema Corte sustentou que essa ação afirmativa está em consonância com o princípio da isonomia, buscando corrigir desigualdades

históricas e promover a igualdade material. Foi salientado, ainda, que o critério racial busca garantir maior representatividade no serviço público e contribuir para uma administração inclusiva e democrática (BRASIL, 2017).

Além disso, no aludido julgamento, o STF entendeu que a política de cotas não viola os princípios do concurso público e da eficiência, visto que não dispensa os beneficiários das exigências para aprovação nos certames. Pelo contrário, reconheceu que a inclusão de pessoas negras nas estruturas do Estado amplia a diversidade e fortalece a democracia. O Tribunal também reafirmou a proporcionalidade da medida, considerando-a adequada e necessária diante da persistente exclusão social e econômica da população negra (BRASIL, 2017).

Por fim, a Suprema Corte considerou legítima a utilização de mecanismos complementares, como a heteroidentificação, para coibir fraudes, desde que respeitados os direitos fundamentais, como a dignidade humana e o contraditório (BRASIL, 2017). Nota-se que o julgamento reforça o compromisso do Estado brasileiro com a promoção da igualdade substancial e o combate ao racismo, afirmando que a reserva de vagas é instrumento essencial para reparar as desigualdades e garantir justiça social.

Importa comentar que o Brasil avança na adoção de um modelo de ações afirmativas voltadas à inclusão social, adaptado às suas peculiaridades culturais e sociais. Nesse sentido, o ministro Ricardo Lewandowski, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 186/DF, destacou que, compreendidas como medidas que têm como escopo reparar ou compensar fatores de desigualdade factual, as políticas de ação afirmativa conferem superioridade jurídica a determinados grupos historicamente marginalizados (BRASIL, 2012c).

No referido julgamento, o Tribunal destacou que o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal deve ser compreendido sob a perspectiva material, autorizando medidas diferenciadas para alcançar a justiça social e a inclusão de grupos vulnerabilizados. A Corte afirmou que o sistema de cotas é compatível com a dignidade da pessoa humana e com os valores do Estado Democrático de Direito, além de possuir caráter temporário e revisável, devendo ser mantido enquanto persistirem as desigualdades que justificam a sua adoção. Por derradeiro, considerou legítima a adoção de critérios étnico-raciais pelas universidades para a promoção do pluralismo e da diversidade no ensino

superior, reafirmando a competência do Estado para implementar políticas públicas reparatórias (BRASIL, 2012c).

É indiscutível que um ajuste precisa ser realizado como forma de correção e cumprimento de um dever histórico. No Brasil, a questão central reside em como esse ajuste será conduzido e de que maneira os arranjos e ajustes sociais assimilarão essas políticas. Para isso, é fundamental a implementação de critérios razoáveis, devidamente justificados e fundamentados na *ratio*.

A adoção das comissões de heteroidentificação é considerada essencial para garantir a efetividade das políticas de cotas raciais, uma vez que a autodeclaração, por si só, não deve ser o único critério nem possuir presunção absoluta de veracidade. Esse entendimento visa a evitar fraudes e assegurar que o benefício seja concedido a quem realmente se enquadra nos requisitos raciais estabelecidos.

Destaca-se a importância da definição de critérios para a heteroatribuição na identificação dos beneficiários do sistema de cotas raciais. No entender de Livia Sant'Anna Vaz (2022), a efetividade dessa política pública requer a observância de diretrizes específicas, tais como: (i) a responsabilidade da Administração Pública na fiscalização para garantir a sua correta aplicação; (ii) a autodeclaração como critério inicial, porém com presunção relativa; (iii) a adoção do critério fenotípico em detrimento do genotípico; (iv) a criação de comissões de heteroidentificação para complementar a autodeclaração; (v) a composição dessas comissões com diversidade étnico-racial e de gênero, assegurando a participação do movimento social negro; (vi) a realização de verificação presencial ou telepresencial das características fenotípicas do candidato; (vii) a invalidação da prova pericial ou documental para comprovar a condição de negro (preto ou pardo); (viii) a obrigatoriedade de fundamentação das decisões tomadas pelos comitês de heteroidentificação; e (ix) a observância da tempestividade no processo de heteroidentificação.

1 O PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO E SEUS LIMITES LEGAIS

O procedimento de heteroidentificação, previsto em diversas normativas administrativas e reconhecido pela jurisprudência do STF e do STJ, configura um mecanismo legítimo de controle das autodeclarações étnico-raciais para fins de políticas de ação afirmativa, como as cotas em concursos públicos e universidades. A sua adoção almeja coibir fraudes e assegurar que os benefícios

sejam destinados a quem, de fato, é socialmente vulnerabilizado em razão do racismo estrutural.

No entanto, o exercício desse procedimento encontra limites legais que devem ser rigorosamente observados, sob pena de nulidade. Entre esses limites, destacam-se: (i) a necessidade de respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; (ii) a vedação a critérios subjetivos ou discriminatórios que possam gerar constrangimento ou humilhação ao candidato; e (iii) a exigência de fundamentação clara e objetiva nas decisões das comissões, de modo a permitir o controle judicial e administrativo. Assim, o procedimento deve operar dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, evitando arbitrariedades e garantindo a segurança jurídica dos administrados.

A Lei Federal n.º 12.711/2012 estabelece a reserva de vagas para alunos oriundos de escolas públicas, distribuindo-as entre candidatos pretos, pardos e indígenas em proporção à população local, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (BRASIL, 2012b). Para evitar fraudes, muitas universidades passaram a adotar a heteroidentificação, um procedimento que consiste na análise fenotípica do candidato.

O STF, na já citada ADPF n.º 186, declarou constitucionais as políticas afirmativas, afirmando que o Estado pode valer-se de critérios como a heteroidentificação, desde que respeitados princípios como a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa e o contraditório (BRASIL, 2012c).

Contudo, não se pode olvidar que o STJ tem destacado que a heteroidentificação só pode ser exigida se prevista expressamente no edital. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n.º 59.369/MA, a Corte considerou ilegal a exclusão de um candidato que se autodeclarou negro, pois o edital previa apenas a autodeclaração, sem menção ao critério fenotípico (BRASIL, 2019).

2 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS À HETEROIDENTIFICAÇÃO

O controle judicial dos atos administrativos praticados no âmbito do procedimento de heteroidentificação é admitido de forma restrita, em atenção ao princípio da separação dos poderes e à discricionariedade técnica das comissões avaliadoras.

A jurisprudência do STF e do STJ consolidou-se no sentido de que ao Poder Judiciário não cabe substituir a banca examinadora ou reavaliar o mérito administrativo, mas apenas exercer o controle quanto à legalidade, razoabilidade e observância ao devido processo legal. Assim, é possível a intervenção judicial em hipóteses de flagrante ilegalidade, desvio de finalidade, abuso de poder, ou quando comprovada a ausência de contraditório e ampla defesa. No mais, a revisão judicial deve resguardar a autonomia administrativa e a finalidade das políticas públicas de ação afirmativa, evitando ingerências indevidas que possam comprometer a efetividade da reserva de vagas e o combate ao racismo estrutural.

A atuação do Poder Judiciário na análise de atos administrativos deve respeitar o princípio da separação dos poderes. Assim sendo, o controle judicial não deve abranger o mérito da decisão administrativa, mas pode analisar a sua legalidade, especialmente quanto ao respeito às garantias processuais.

Vale notar que a Lei Federal n.º 9.784/1999, que rege o processo administrativo no âmbito federal, exige que as decisões sejam fundamentadas (artigo 50) (BRASIL, 1999). Dessa forma, a exclusão de um candidato sem motivação clara e individualizada é passível de anulação pelo Judiciário.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) tem reafirmado que a ausência de motivação na decisão de comissões de heteroidentificação inviabiliza o contraditório e a ampla defesa, podendo ensejar a nulidade do ato. No caso da Apelação Cível n.º 5001273-90.2019.4.02.5101, a Corte determinou a reinserção de candidato excluído sem justificativa adequada (BRASIL, 2021).

O julgamento do já mencionado RMS n.º 59.369/MA pelo STJ abordou a exclusão de uma candidata do sistema de cotas raciais em um concurso público do estado do Maranhão. O edital previa a autodeclaração como único critério para concorrência às vagas reservadas a negros e pardos, sem especificar métodos de heteroidentificação ou parâmetros objetivos para aferição da veracidade da autodeclaração. A Administração Pública, entretanto, inovou ao implementar posteriormente uma comissão avaliadora sem respaldo no edital, ferindo os princípios da vinculação ao edital, da segurança jurídica e da legítima confiança. A candidata, que havia sido classificada dentro das vagas reservadas, teve a sua autodeclaração contestada e foi excluída do certame sem critérios preestabelecidos, o que levou à impugnação do ato (BRASIL, 2019).

O STJ decidiu favoravelmente à candidata, reconhecendo a ilegalidade da exclusão por falta de previsão editalícia para os critérios de heteroidentificação. O Tribunal reforçou que, embora o controle da autodeclaração seja legítimo, ele deve estar previamente estipulado no edital, sob pena de inovação indevida. Assim, o recurso foi provido para determinar a reinserção da recorrente na lista de candidatos cotistas, respeitando a sua classificação com base nas notas obtidas (BRASIL, 2019). A decisão reforça a importância da segurança jurídica e da vinculação ao edital em concursos públicos, garantindo previsibilidade e transparência no acesso a políticas afirmativas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará analisou a exclusão de um candidato autodeclarado pardo do concurso público para Soldado da Polícia Militar, após reprovação na fase de heteroidentificação. A decisão da banca examinadora foi contestada por ser genérica e imprecisa, sem fundamentação adequada, o que violaria o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que exige motivação em decisões administrativas. O Judiciário reconheceu que, embora o controle de mérito de concursos seja limitado, é possível intervir quando há ilegalidade manifesta, como a ausência de justificativa detalhada para a exclusão do candidato (CEARÁ, 2022).

Além disso, o Tribunal de Justiça Cearense manteve a decisão que permitiu ao candidato continuar no certame, disputando as vagas de ampla concorrência. O julgamento reafirmou que a exclusão de candidatos autodeclarados negros ou pardos deve ser devidamente motivada, conforme a Teoria dos Motivos Determinantes e a Lei Federal n.º 9.784/1999, que regula o processo administrativo. A falta de explicação clara sobre os critérios utilizados pela banca torna o ato nulo, pois impede o exercício do contraditório e da ampla defesa. Desse modo, a decisão protege o princípio da segurança jurídica e reforça a necessidade de transparência nos processos de heteroidentificação em concursos públicos (CEARÁ, 2022).

No julgamento do Recurso Especial n.º 2.105.250/RJ, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a não homologação da autodeclaração de candidato como negro, realizada pela comissão de heteroidentificação em concurso público para a Escola Preparatória de Cadetes do Ar, não enseja, por si só, a eliminação do certame quanto às vagas destinadas à ampla concorrência, restringindo-se os seus efeitos à exclusão das vagas reservadas, salvo demonstração inequívoca de má-fé. Especificamente no

que interessa à solução do caso, insta ressaltar as acepções da razoabilidade como equidade, entendida como “a harmonização da norma geral com o caso individual” (ÁVILA, 2006, p. 139), e da razoabilidade como congruência, que “exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente” (ÁVILA, 2006, p. 143), impondo que a interpretação normativa considere as situações como regularmente se apresentam, e não a partir de hipóteses excepcionais ou extravagantes. Assim, reconheceu-se a ilegalidade da eliminação total do candidato, por se presumir de forma automática a má-fé, em afronta ao disposto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 12.990/2014, e assegurou-se o seu direito de permanecer concorrendo às vagas da ampla concorrência (BRASIL, 2024).

O princípio da razoabilidade, na acepção de equidade, exige a harmonização entre a norma geral e o caso concreto, considerando a subjetividade e as peculiaridades das situações individuais, como ocorre nas classificações raciais realizadas por comissões de heteroidentificação. Essa perspectiva impede que divergências de opinião, inerentes a tais avaliações, sejam automaticamente interpretadas como falsidade ou má-fé do candidato. Ademais, à luz da razoabilidade como congruência, a imposição de sanções pressupõe a existência de suporte empírico claro e objetivo, afastando presunções automáticas de dolo ou má-fé, as quais, segundo a jurisprudência consolidada do STJ, somente podem ser reconhecidas mediante prova inequívoca, não podendo ser presumidas pelo simples fato de a autodeclaração não ter sido homologada.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, para fins de políticas de ação afirmativa em concursos públicos, o critério relevante é o fenótipo, e não o genótipo ou a mera ancestralidade, considerando que a discriminação racial opera sobre características físicas visíveis. É legítima, portanto, a atuação das comissões de heteroidentificação, desde que respeitados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, conforme previsto na Lei n.º 12.990/2014 e reconhecido pelo STF na ADC n.º 41 (BRASIL, 2017).

Nesse campo, cabe acrescentar que o fenômeno da tokenização manifesta-se quando a inclusão de pessoas negras é realizada de forma meramente simbólica, desvinculada da realidade social de discriminação que recai sobre características fenotípicas visíveis, e sem conferir efetivo espaço de participação e poder decisório. A discussão acerca da tokenização de grupos minoritários em espaços institucionais e organizacionais revela especial pertinência no contexto das políticas de ação afirmativa, em particular quanto ao debate sobre genótipo

e fenótipo nas cotas raciais. No âmbito jurídico-administrativo, essa prática é incompatível com os princípios da igualdade substancial e da efetividade das políticas públicas, posto que compromete o objetivo constitucional de promoção da diversidade e de reparação histórica das desigualdades estruturais decorrentes do racismo.

A adoção do critério fenotípico, em detrimento do genotípico ou da mera ancestralidade, busca justamente evitar que a política de cotas seja capturada por interpretações formais ou estratégias de inclusão aparente, que fragilizem a sua finalidade reparatória e inclusiva.

A tokenização de grupos minoritários em espaços institucionais e organizacionais tem sido um tema recorrente nos debates sobre inclusão e diversidade. Embora a representatividade seja essencial para a construção de sociedades mais equitativas, a mera inserção simbólica de indivíduos pertencentes a minorias não necessariamente resulta em mudanças estruturais efetivas. Esse fenômeno ocorre quando a presença dessas pessoas é explorada para atender a exigências externas ou melhorar a imagem de uma instituição, sem um compromisso real com a transformação das dinâmicas de poder e das condições de desigualdade que historicamente marginalizaram esses grupos.

A prática da tokenização cria a ilusão de progresso, mascarando a falta de mudanças concretas nas estruturas organizacionais e nos processos decisórios. Muitas vezes, indivíduos que pertencem a grupos sub-representados são inseridos em espaços de poder apenas para cumprir cotas ou demonstrar diversidade, mas não recebem influência real sobre políticas, diretrizes ou decisões estratégicas. Além disso, essas pessoas podem ser constantemente lembradas de sua posição minoritária, enfrentando desafios adicionais para serem ouvidas e respeitadas dentro desses ambientes. Dessa forma, a tokenização não apenas falha em promover inclusão genuína, mas também pode reforçar dinâmicas de exclusão e sobrecarga emocional para aqueles que são instrumentalizados por esse processo.

Um dos principais riscos da tokenização é a perpetuação da desigualdade sob uma aparência de diversidade. Quando a inclusão ocorre apenas de forma superficial, sem garantir acesso igualitário a oportunidades, recursos e poder de decisão, o impacto é limitado e até contraproducente. Essa prática pode ser identificada em diversos contextos, como no mercado de trabalho, na política, na

mídia e no meio acadêmico, onde a presença simbólica de minorias é utilizada como um escudo contra críticas, sem que haja compromissos reais com mudanças estruturais. Como resultado, as desigualdades continuam existindo, apenas disfarçadas por uma aparência de progresso.

Para evitar a tokenização e garantir que a inclusão seja autêntica e efetiva, é fundamental adotar políticas que promovam mudanças estruturais e garantam que a diversidade esteja acompanhada de equidade e representatividade real. Isso envolve a criação de mecanismos de participação ativa, a distribuição justa de poder e oportunidades, e o combate a barreiras institucionais que impedem o avanço de grupos historicamente marginalizados. Mais do que simplesmente inserir indivíduos pertencentes a minorias em espaços de poder, é necessário garantir que as suas vozes sejam valorizadas e que a sua presença contribua para uma transformação genuína das relações sociais e institucionais.

CONCLUSÃO

O procedimento de heteroidentificação configura um instrumento legítimo e necessário para assegurar a efetividade das políticas de ação afirmativa, em especial no combate a fraudes que possam comprometer a finalidade reparatória das cotas raciais. Sua validade, contudo, está condicionada à previsão expressa no edital e à observância rigorosa dos princípios constitucionais, como a legalidade, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a razoabilidade e a proporcionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o Poder Judiciário possui competência para anular atos administrativos praticados com vícios de legalidade ou que afrontem direitos fundamentais, sem, entretanto, adentrar no mérito discricionário da Administração.

A ausência de fundamentação idônea na decisão de exclusão de candidato do sistema de cotas, sobretudo em contextos de dúvida razoável sobre o enquadramento fenotípico, impõe a sua invalidação. Tal omissão inviabiliza o exercício pleno das garantias do contraditório e da ampla defesa, criando um cenário de insegurança jurídica incompatível com os valores do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que, embora a Administração Pública detenha

margem de apreciação técnica, esta não pode ser exercida de maneira arbitrária ou desprovida de motivação clara, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Além disso, a discussão contemporânea sobre a tokenização de grupos minoritários reforça a necessidade de que os procedimentos de heteroidentificação não se limitem a práticas simbólicas, mas se voltem à inclusão efetiva e substancial de pessoas historicamente vulnerabilizadas. A adoção do critério fenotípico, em detrimento do genotípico ou da mera ancestralidade, é medida indispensável para garantir que o sistema de cotas atenda ao seu propósito reparatório e não seja desvirtuado por interpretações meramente formais.

Por fim, cumpre destacar que apenas o acesso pleno à educação e ao estudo permitirá a formação de uma sociedade mais consciente de seus direitos e deveres, capaz de construir relações igualitárias e justas. Para isso, é imprescindível que o Estado assegure a todos os cidadãos amplas possibilidades de acesso à instrução, o que inclui a efetiva participação em concursos públicos e outros processos seletivos, como forma de democratizar oportunidades e concretizar o princípio republicano da igualdade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.
- ALVES, Rogério Pacheco. Contributos spinozanos à crítica ao conceito de identidade social. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 85, p. 181-195, jul./set. 2022.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Maria Stephania da Costa Flores. Jandira, SP: Principis, 2021.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (Coleção Pensamento Crítico, v. 63).
- BRASIL. *Decreto n.º 7.824, de 11 de outubro de 2012*. Regulamenta a Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Brasília, DF: Presidência da República, 2012a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7824.htm. Acesso em: 5 mar. 2025.

- BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n.º 5001273-90.2019.4.02.5101*. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Órgão julgador: 7ª Turma. Relator: Desembargador Sergio Schwaitzer. Julgamento: 5/5/2021. Rio de Janeiro: TRF-2, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/232799363/processo-n-500XXX-9020194025101-do-trf-2>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Agravo de Instrumento n.º 0809012-52.2025.4.05.0000*. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Órgão julgador: 6ª Turma. Relatora: Desembargadora Germana de Oliveira. Julgamento: 10/6/2025. Recife: TRF-5, 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2025/6/942DFA05F8EB06_Cotistaexcluidoporbancadiverge.pdf. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. *Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 5 mar. 2025.
- BRASIL. *Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais. Brasília, DF: Presidência da República, 2012b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 5 mar. 2025.
- BRASIL. *Lei n.º 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 5 mar. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 2.105.250/RJ*. Assunto: Direito Administrativo/Agentes públicos/Provimento e investidura. Órgão julgador: 1ª Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgamento: 26/11/2024. Brasília, DF: STJ, 2024. Disponível em: <https://informativos.trilhante.com.br/julgados/stj-resp-2105250-rj>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 59.369/MA*. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público/Concurso público/Edital. Órgão julgador: 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 9/4/2019. Brasília, DF: STJ, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/712479308/inteiro-teor-712479318>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 41/DF*. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público/Concurso público/Edital/Reserva de vagas. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento: 8/6/2017. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 15 mar. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186/DF*. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público/Controle

de constitucionalidade. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26/4/2012. Brasília, DF: STF, 2012c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 15 mar. 2025.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Agravo de Instrumento n.º 0623217-15.2022.8.06.0000*. Assunto: Concurso público. Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Francisco Gladysson Pontes. Julgamento: 6/7/2022. Fortaleza: TJCE, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1568127600>. Acesso em: 15 mar. 2025.

GODI, Marciano Seabra de; SANTOS, Maria Angélica dos. Dez anos da lei federal das cotas universitária: avaliação de seus efeitos e propostas para sua renovação e aperfeiçoamento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 58, n. 229, p. 11-35, jan./mar. 2021.

SPINOZA, Baruch. *Ética demonstrada segundo a ordem geométrica*. Tradução de Tomás da Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VAZ, Livia Sant'Anna. *Cotas raciais*. São Paulo: Jandaíra, 2022.

O TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO E REVISÃO DOS ALIMENTOS

Luiz Iatagan Cavalcante Rocha¹

Resumo: O presente artigo analisa, sob uma perspectiva dogmática e jurisprudencial, a aplicação do trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade na fixação e revisão dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo da premissa de que o direito à alimentação guarda íntima relação com a dignidade da pessoa humana, este estudo busca compreender como os tribunais superiores vêm aplicando o referido trinômio para assegurar um equilíbrio justo entre os interesses do alimentando e a capacidade contributiva do alimentante. A pesquisa se fundamenta na legislação vigente, especialmente no Código Civil, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além de obras doutrinárias de referência e precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). O objetivo é oferecer um panorama técnico e crítico das diretrizes normativas e decisões judiciais que moldam a compreensão atual do binômio necessidade-possibilidade e da cláusula de proporcionalidade como fator moderador nas demandas alimentares. Ao final, o estudo propõe uma leitura sistemática do trinômio como instrumento de efetividade do direito alimentar no Estado Democrático de Direito.

¹ É advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará (OAB/CE nº 25.680). Graduado em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Ceará (FAECE), é especialista em Direito Penal e Processo Penal, Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Atua como titular da sociedade individual de advocacia Cavalcante Advogados, com experiência consolidada nas áreas de Direito do Consumidor, Direito de Família e Direito do Trabalho. Possui formação técnica em Transações Imobiliárias e Avaliação Imobiliária, com registro junto ao CRECI-CE (nº 21.280) e CNAI (nº 36.941). Foi membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/CE (2016–2017) e professor visitante na Faculdade Kurios (FAK), lecionando disciplinas como Metodologia do Trabalho Científico, Direito Empresarial e Legislação Trabalhista. É autor de artigos publicados em periódicos jurídicos de circulação nacional, com destaque para temas como soluções extrajudiciais de conflitos, isonomia entre operadores do Direito e crimes tributários. Publicou o livro *O princípio da insignificância no direito penal brasileiro* (Amazon, 2018), obra registrada no sistema internacional BooksInPrint. <http://lattes.cnpq.br/8710605319731292>. <http://orcid.org/0000-0002-9763-5744>

Palavras-chave: Trinômio. Necessidade. Possibilidade. Proporcionalidade.

THE TRIAD OF NECESSITY, POSSIBILITY, AND PROPORTIONALITY IN THE ESTABLISHMENT AND REVISION OF ALIMONY

Abstract: This article analyzes, from a dogmatic and jurisprudential perspective, the application of the triad necessity, possibility, and proportionality in the establishment and revision of alimony within the Brazilian legal system. Based on the premise that the right to food is closely related to the dignity of the human person, this study seeks to understand how the higher courts have applied this triad to ensure a fair balance between the interests of the alimentary creditor and the contributory capacity of the alimentary debtor. The research is grounded in current legislation—particularly the Civil Code, the Federal Constitution of 1988, and the Child and Adolescent Statute (ECA)—as well as authoritative doctrinal works and precedents from the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF). The objective is to provide a technical and critical overview of the normative guidelines and judicial decisions that shape the current understanding of the necessity-possibility binomial and the proportionality clause as a moderating factor in alimony claims. Finally, the study proposes a systematic interpretation of the triad as an instrument for the effectiveness of the right to food under the Democratic Rule of Law.

Keywords: Alimony. Triad. Necessity. Possibility. Proportionality.

INTRODUÇÃO

O direito a alimentos constitui expressão direta do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), estando presente em múltiplos diplomas legais como direito fundamental. Nas relações familiares, notadamente entre ascendentes e descendentes, o dever de prestar alimentos encontra fundamento não apenas no vínculo jurídico, mas também na solidariedade familiar. A fixação e revisão da obrigação alimentar, por sua vez, requerem análise criteriosa de elementos fáticos e jurídicos, sintetizados no chamado “trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade”.

O presente artigo busca estudar o conteúdo e a aplicação desse trinômio como critério norteador para decisões judiciais relativas à prestação alimentar, seja no momento de sua fixação, seja em eventual revisão, conforme a previsão do art. 1.699 do Código Civil. A pesquisa tem por problema central compreender

de que forma os elementos do trinômio se articulam e são operacionalizados pelas instâncias judiciais brasileiras.

Como objetivo geral, pretende-se analisar o conteúdo normativo e interpretativo do trinômio, considerando sua evolução jurisprudencial e seu papel no equilíbrio entre as necessidades do alimentando e a capacidade econômica do alimentante. Como objetivos específicos, pretende-se examinar os fundamentos doutrinários do trinômio, explorar os dispositivos legais aplicáveis e apresentar precedentes paradigmáticos do STJ e STF.

1. CONCEITO

O trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade constitui o fundamento jurídico para a fixação e revisão da obrigação alimentar no Direito de Família brasileiro. Este conceito está ancorado tanto na legislação infraconstitucional quanto na interpretação dos tribunais superiores, assegurando a aplicação equilibrada e justa do dever alimentar.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA OBRIGAÇÃO E DEVER DE ALIMENTAR

O artigo 229 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 1988, art. 229).

No âmbito do Código Civil, o artigo 1.694 expressa a base do dever alimentar, definindo que *“podem os parentes, os cônjuges e os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”* O parágrafo 1º do mesmo artigo determina que *“os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”*.

O artigo 1.699 do Código Civil prevê a possibilidade de revisão da obrigação alimentar, caso haja modificação na situação financeira de quem os presta ou de quem os recebe, conforme *“as circunstâncias”* do caso concreto (BRASIL, 2002).

Ainda, o artigo 1.703 estabelece que os pais separados judicialmente devem contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 22, complementa que *“os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.”*

3. O TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A fixação e a revisão dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro seguem o critério do trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade. A interpretação desse modelo exige uma análise sistêmica que considere os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o melhor interesse da criança e do adolescente (CF, art. 227; ECA, art. 4º), bem como os deveres decorrentes da solidariedade familiar (CC, art. 1.694)

A doutrina e a jurisprudência convergem no reconhecimento de que a fixação dos alimentos deve observar, cumulativamente, três elementos: a necessidade do alimentando, a possibilidade do alimentante e a proporcionalidade entre ambos.

A **“necessidade”** refere-se àquilo que o alimentando requer para manter sua subsistência e desenvolvimento, levando em conta seu padrão de vida e suas peculiaridades (idade, saúde, escolaridade etc.). Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2021, p. 417) esclarece que *“a necessidade não se limita ao mínimo existencial, podendo abranger o que for necessário para a manutenção da dignidade do alimentado”*.

A **“possibilidade”** diz respeito à capacidade econômica do alimentante, aferida conforme sua renda, patrimônio, encargos e despesas ordinárias. Não se exige que o alimentante comprometa sua própria subsistência, mas apenas que contribua na medida do possível.

A **“proporcionalidade”** atua como elemento moderador entre os dois anteriores, impondo equilíbrio entre o valor necessário à subsistência do alimentando e o montante que o alimentante pode razoavelmente fornecer, sem prejuízo injustificado à sua própria dignidade.

Decisões do Superior Tribunal de Justiça confirmam que o exercício razoável do jus das proporções é essencial. O STJ, seguindo o voto do Min. Antônio Carlos Ferreira, sustentou: *“o legislador [...] não delimitou a extensão da expressão ‘condição social’ [...] a solução [...] é a utilização do critério da proporcionalidade*

entre as variáveis necessidade/possibilidade”, o que viabiliza “uma prestação alimentícia de forma racional e equilibrada” (REsp 1290313).

No acórdão 1682769, Rel. C. Bittencourt, Primeira Turma Cível do TJDF, de 22/03/2023, destaca-se que:

“a obrigação alimentar deve ser lastreada pelo trinômio necessidade, possibilidade e razoabilidade”

“a necessidade do filho não pode prevalecer sobre a capacidade do pai/mãe, nem a capacidade do pai/mãe deve ser indiferente à necessidade do filho”

O julgado reafirma que, conforme o art. 1.694, § 1º, CC, e o art. 1.703, CC, o dever alimentar dos genitores separados deve respeitar necessidades mínimas do alimentando e os recursos do alimentante, sob critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Diversos acórdãos posteriores reiteram a necessidade de soberba análise do trinômio aqui estudado.

Segundo preceitua o artigo 229 da Constituição Federal, é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. Outrossim, o Código Civil, em seu artigo 1.703, estabelece como obrigação dos cônjuges separados judicialmente, a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos. É cediço que os alimentos estão submetidos a controle judicial quanto à extensão, conteúdo e forma de prestação, devendo ser fixados com observância do trinômio necessidade, capacidade e proporcionalidade, atendendo às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante, respeitando, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em atenção ao artigo 1.694 do Código Civil.” - Acórdão 1682769, 07053366720228070012, Relatora: CARMEN BITTENCOURT, Primeira Turma Cível, data de julgamento: 22/3/2023, publicado no PJe: 27/4/2023.

4. DOUTRINA

Autores clássicos e contemporâneos enfatizam a indispensabilidade do trinômio para a fixação dos alimentos, destacando que ele funciona como parâmetro necessário para equilibrar a relação alimentar.

A autora Maria Berenice Dias esclarece que:

“a fixação dos alimentos depende da análise conjunta da necessidade do alimentando, da possibilidade do alimentante e da proporcionalidade entre ambos, de forma a garantir a dignidade das partes envolvidas e evitar onerar excessivamente o alimentante” (DIAS, 2023, p. 214).

Flávio Tartuce reafirma que:

“o valor dos alimentos deve ser suficiente para suprir as necessidades do alimentando sem comprometer a subsistência do alimentante, observando o princípio da proporcionalidade, que impõe razoabilidade à prestação” (TARTUCE, 2022, p. 342).

Para Giselda Hironaka,

“o princípio da dignidade da pessoa humana permeia toda a legislação alimentar, impondo que a prestação alimentar assegure condições mínimas de existência digna para o alimentando, sem desconsiderar a capacidade econômica de quem deve prestar” (HIRONAKA, 2021, p. 150).

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, em sua obra afirmaram:

“O trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade é o critério fundamental para a fixação dos alimentos, garantindo que a prestação alimentar seja justa e equilibrada, sem comprometer a dignidade do alimentante nem desconsiderar as necessidades do alimentando.”

5. JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência dos tribunais superiores é clara quanto à observância rigorosa do trinômio na fixação e revisão dos alimentos.

TJ-MG - Apelação Cível

Ementa: “A fixação de alimentos deve adequar-se ao trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, procedendo-se com a análise das reais necessidades daquele que os recebe e apurando-se a efetiva condição financeira daquele que os presta, nos termos do art. 1.694 do Código Civil. Não demonstrada a impossibilidade do alimentante, que possui duas fontes de renda, não se justifica a redução dos alimentos fixados. Recurso conhecido e não provido.”

TJ-GO - Agravo de Instrumento

Ementa: “Para a fixação dos alimentos, o julgador deve levar em consideração o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, por meio do qual se constata as reais necessidades do alimentado e a disponibilidade de recursos do alimentante, aferição esta procedida à luz do caso concreto e sob parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade. Adstrita a análise perfunctória própria deste momento processual, considerando não demonstrado pelo agravante a impossibilidade de arcar com o valor dos alimentos estipulado na origem e em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, mantém-se a decisão que fixou-os no importe de 50% do salário-mínimo.”

STJ - REsp 1.872.743/SP

Ementa: “A obrigação alimentar entre cônjuges deve ser analisada à luz das particularidades da relação mantida, considerando o afastamento prolongado da ex-cônjuge de seu restabelecimento financeiro. A revisão dos alimentos deve ser fundamentada em prova inequívoca da alteração da situação financeira das partes, não sendo suficiente alegações genéricas de dificuldades econômicas.”

TJDFT - Acórdão 1682769

Ementa: “Os alimentos estão submetidos a controle judicial quanto à extensão, conteúdo e forma de prestação, devendo ser fixados com observância do trinômio necessidade, capacidade e proporcionalidade, atendendo às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante, respeitando, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em atenção ao artigo 1.694 do Código Civil.”

6. A REVISÃO DOS ALIMENTOS (ART. 1.699 DO CÓDIGO CIVIL)

A revisão dos alimentos, prevista no artigo 1.699 do Código Civil, é um mecanismo jurídico essencial para garantir que a obrigação alimentar se mantenha justa e equilibrada ao longo do tempo. A norma estabelece que, caso haja mudança na situação financeira do alimentante ou do alimentando, é possível pleitear a exoneração, redução ou majoração do encargo alimentar, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto.

A possibilidade de revisão está prevista no art. 1.699 do Código Civil, e exige prova de mudança na situação de qualquer das partes. O IBDFAM ressalta que

“somente mediante a prova da ocorrência de mudança na situação das partes [...] é possível alterar o valor dos alimentos”.

A revisão dos alimentos deve ser fundamentada em prova inequívoca da alteração da capacidade financeira das partes, devendo atender alguns critérios. Os tribunais exigem que a mudança seja relevante e duradoura, afastando alegações genéricas ou circunstanciais, como:

- Desemprego temporário: A mera perda do emprego não é suficiente para justificar a redução dos alimentos, pois o alimentante pode ter outras fontes de renda ou capacidade de recolocação no mercado.
- Crise econômica: Argumentos baseados em dificuldades financeiras gerais, sem comprovação específica da incapacidade de pagamento, costumam ser rejeitados pelos tribunais.
- Encargos voluntários: A assunção de novas despesas por escolha própria, como aquisição de bens ou constituição de nova família, não pode ser usada como justificativa para reduzir a obrigação alimentar.

Os tribunais superiores têm começado a consolidar o entendimento de que a revisão dos alimentos deve respeitar o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, garantindo que o alimentando receba o necessário para sua subsistência sem comprometer excessivamente o alimentante.

Em recente julgado do TJ Paraná, a 12ª Câmara Cível reduziu alimentos provisórios de 50% para 40% do salário-mínimo, fundando-se no trinômio — considerando desemprego formal do alimentante, maior número de filhos e nova união familiar — sem prejudicar a subsistência de ambos.

6.1. Proporcionalidade como Elemento Moderador

Nesses casos, a proporcionalidade desempenha um papel crucial na revisão dos alimentos, funcionando como um instrumento de justiça distributiva. Seu objetivo é evitar:

- Enriquecimento ilícito do alimentando, garantindo que os alimentos sejam compatíveis com suas necessidades reais.

- Empobrecimento do alimentante, assegurando que a obrigação alimentar não comprometa sua própria subsistência.
- A aplicação da proporcionalidade permite que os juízes ajustem os alimentos de forma equilibrada, considerando o padrão de vida das partes, suas despesas essenciais e a capacidade contributiva do alimentante.

6.2. Interpretação Sistêmica à Luz da Dignidade da Pessoa Humana

A integração do trinômio ao arcabouço constitucional requer análise conjunta com o princípio da dignidade (art. 1º, III, CF), bem como com o melhor interesse da criança (art. 227, CF; art. 4º, ECA)

O trinômio não pode ser interpretado de forma isolada. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser lido em conformidade com os princípios constitucionais que informam o Direito de Família.

A fixação de alimentos deve ser integrada aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e do melhor interesse da criança (art. 227 da CF; art. 4º do ECA). O STJ considera que a avaliação do trinômio alinha-se a esses princípios, assegurando proteção integral sem prejudicar a capacidade de sustento do alimentante portal.tjpr.jus.br.

Doutrina contemporânea reforça esse viés integrador. Maria Berenice Dias destaca que “a fixação dos alimentos deve responder às necessidades reais do alimentando, sem comprometer a subsistência do alimentante, de modo proporcional

CONCLUSÃO

O trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade continua sendo o critério basilar para a fixação e revisão dos alimentos no Brasil. Sua aplicação exige interpretação sistêmica, à luz da dignidade da pessoa humana e dos princípios constitucionais do Direito de Família.

A análise demonstrou que, embora o modelo do trinômio permaneça válido,

ele demanda constante reinterpretação conforme a jurisprudência e a evolução social. A tendência jurisprudencial do STJ tem reforçado a necessidade de prova inequívoca para a revisão da obrigação, bem como a busca de equilíbrio entre os interesses envolvidos.

Como sugestão prática, recomenda-se maior uniformização jurisprudencial quanto aos critérios objetivos de aferição de possibilidade e necessidade, bem como a institucionalização de mecanismos alternativos de solução de conflitos alimentares, como mediação e conciliação obrigatória em revisões. No plano legislativo, seria pertinente a elaboração de parâmetros legais mínimos para garantir previsibilidade e segurança jurídica na fixação dos alimentos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível XXXXX20198130024. Belo Horizonte, MG, 2023. Disponível em: Jusbrasil.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Agravo de Instrumento XXXXX20248090051. Goiânia, GO, 2023. Disponível em: Jusbrasil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.872.743/SP. Brasília, DF, 2021. Disponível em: STJ.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1682769. Brasília, DF, 2023. Disponível em: TJDF.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil - Volume 6: Famílias. 17. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. Vol. 5. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 5. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Vol. 6. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

STJ. Recurso Especial n.º 1.699.994/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 13 jun. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1699994>. Acesso em: 11 jun. 2025.

STJ. Recurso Especial n.º 1.251.000/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 28 jun. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1251000>. Acesso em: 11 jun. 2025.

STJ. AgRg no REsp n.º 1.211.524/SP. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado em 06 abr. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1211524>. Acesso em: 11 jun. 2025.

STF. ARE 636.553/SP. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 14 dez. 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=636553>. Acesso em: 11 jun. 2025.

TJDFT. Acórdão n.º 1682769, Processo n.º 07053366720228070012, Relatora Carmen Bittencourt, 1ª Turma Cível, julgamento em 22/3/2023. Disponível no PJe do TJDFT.

TJDFT. Acórdão n.º 1688749, Processo n.º 07108741720228070016, Relator João Egmont, 2ª Turma Cível, julgamento em 12/4/2023. Disponível no DJE do TJDFT.

TJDFT. Acórdão n.º 1696578, Processo n.º 07006572420228070012, Relator Diaulas Costa Ribeiro, 8ª Turma Cível, julgamento em 2/5/2023. Disponível no DJE do TJDFT.

TJDFT. Acórdão n.º 1376035, Processo n.º 07048444020208070014, Relator Diaulas Costa Ribeiro, 8ª Turma Cível, julgamento em 6/10/2021. Disponível no PJe do TJDFT

ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: UM CONCEITO EM MUTAÇÃO

Marcelo Leonardo Tavares¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o fenômeno dinâmico do Estado de Bem-Estar Social de Direito que surge no início do século XX como uma variante do modelo do Estado Liberal. O trabalho considera que, após a crise do final do século XX, o *Welfare State* se revigorou e foi recalibrado para continuar a ser o modelo de proteção dos direitos sociais, mas agora a partir de prioridades direcionadas, especialmente nos países da América Latina, à proteção das crianças, à redução da desigualdade social e de gênero, e à adaptação à nova realidade das relações trabalhistas no século XXI.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Teoria do Estado. Direitos Sociais.

WELFARE STATE: A CHANGING CONCEPT

Abstract: This article analyzes the dynamic phenomenon of the Welfare State that emerged at the beginning of the 20th century as a variant of the Liberal State model. The work considers that, after the crisis at the end of the 20th century, the Welfare State was reinvigorated and recalibrated to continue to be the model for the protection of social rights, but now based on priorities directed, especially in Latin American countries, to protecting children, reducing social and gender inequality, and adapting to the new reality of labor relations in the 21st century.

Keywords: Constitutional Law. State Theory. Social Rights

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III. Pós-doutor em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Université Panthéon/Assas (Paris II). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

1 INTRODUÇÃO

Bobbio e Matteuci (2000, p. 216) definem o Estado de Bem-Estar² como aquele que garante um mínimo de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, enfim, um conjunto de direitos sociais aos cidadãos, além das proteções mais diretamente ligadas às liberdades clássicas: liberdade de ir-e-vir, de expressão e de manifestação do pensamento, religiosa e de crença, e de proteção da propriedade privada.³

O *Welfare State* tem por finalidade produzir bem-estar, alargando a dimensão da dignidade humana para além de uma exigência de não fazer (ou seja, de uma obrigação de abstenção) por parte do Estado. Por outro lado, e em decorrência, inaugura a aptidão de um novo tipo de controle dos atos estatais, qual seja, o da mensuração científica quantitativa (e qualitativa) do gasto público no orçamento.

O Estado Providência não é um Estado de Direito não liberal, bem como não é uma estrutura de meio-termo entre o modelo liberal e o modelo socialista, como pode parecer, à primeira vista, equivocadamente. Pelo contrário, é um Estado eminentemente liberal, pois baseado no respeito aos direitos individuais, à separação de poderes, ao acesso a um Judiciário independente, à prevalência da Constituição e da lei, bem como não rompe com o modelo econômico capitalista e com o princípio da autonomia privada.⁴

O Estado de Bem-Estar é, antes de tudo, uma modalidade de Estado Liberal, a que se dá contorno modificado quanto à compreensão do direito de propriedade

² No presente trabalho, os termos Estado Social de Direito, Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência (*État Providence*) e *Welfare State* são usados como sinônimos, em que pese terem surgido com vinculação à cultura constitucional de países diferentes. Estado de Bem-Estar Social é a locução mais comum na língua portuguesa, enquanto, na França, é utilizado *État Providence* (Estado Providência). *Welfare State* surge a partir da década de 1940 no Reino Unido (Rosanvallon, 1997, p. 122).

³ Zippelius (1994, p. 468) dá destaque à importância da ação reguladora e prestadora do Estado Social, cujas principais componentes seriam a busca pelo bem-estar público e pela justiça social. No mesmo sentido, Willenski (1975, p. 1). Para Brearley (2016, p. 1/2), o Estado de Bem-Estar: (i) redistribui riquezas no sistema capitalista, que é sujeito às mudanças de mercado; momentos de deficiência e propenso à desigualdade social; (ii) influencia a longo prazo o desenvolvimento econômico através do desenvolvimento em pessoa, e (iii) reforça a democracia. Nesse sentido, é relevante para o estabelecimento do pacto social.

⁴ O Estado Liberal Democrático de Direito é aquele 1) cujo poder encontra-se sujeito juridicamente às leis, em especial à Constituição; 2) cuja atuação é limitada em respeito à proteção de direitos fundamentais; 3) com sujeição dos atos de poder à soberania popular; 4) onde há oportunidade de acesso ao Poder Judiciário; 5) em que existe separação orgânica das funções do poder; e 6) no qual há respeito ao devido processo legal” (Tavares, 2008, p. 19). Como referência do paradigma do Estado de Direito, dentre outros, ver Duhamel e Tusseau (2016), Favoreu *et al* (2005), Pactet (1993), Gicquel e Gicquel (2015), Jellinek (2000), Costa e Zolo (2006), Canotilho (1997), Miranda (2003), Heller (2004) e Zippelius (1997).

(que deve atender ao interesse social) e no qual o poder público intervém na ordem econômica e na ordem social com objetivo de regular as relações entre particulares e de atender a outros princípios, como o da redução da desigualdade social, fortalecendo a dignidade da pessoa humana.⁵

Sem abrir mão da proteção da liberdade do indivíduo, assume uma postura ativa para garantir a igualdade de chances e a aplicação do princípio da solidariedade, no pressuposto de que não há liberdade na miséria e na ignorância. É, pois, um Estado no qual há comunicação entre os interesses gerais do indivíduo, da esfera privada, do mercado capitalista, com o interesse público de natureza social e econômica.

A fim de compreender esse fenômeno no âmbito da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, o presente artigo abordará, inicialmente, o surgimento do Estado de Bem-Estar Social e sua distinção dos modelos Socialista e Fascista. Após, serão estudadas as condições de sua expansão e crise na segunda metade do século XX. Por fim, será analisado o renascimento do Estado Providência no século XXI e as características de sua mutação para enfrentar novos desafios.

Parte-se da hipótese de que, após a crise do final do século XX, o *Welfare State* se revigoreu e foi recalibrado para continuar a ser o modelo de proteção dos direitos sociais, mas agora a partir de prioridades direcionadas à proteção das crianças, à redução da desigualdade social e de gênero, e à adaptação à nova realidade das relações trabalhistas.

O trabalho utiliza, como marco teórico, elementos de Teoria Geral do Estado e concepções do liberalismo nas ideias contrapostas de Rawls e Nozick, buscando responder às seguintes indagações: (i) quando se inicia e o que caracteriza o Estado Providência?; (ii) o Estado de Bem-Estar é um tipo de Estado Liberal ou uma adaptação do modelo socialista de organização?; (iii) o que caracterizou a crise do Estado Providência no final do século XX?, e (iv) o que deve ser compreendido como “recalibragem” do Estado Social no século XXI e quais são suas prioridades?

⁵ Delgado e Porto (2019, p. 24 e 35) afirmam: “Os [Estados de Bem-Estar Social] EBES traduziram (e traduzem) fórmulas privilegiadas de afirmação da liberdade, da igualdade (inclusive e, especialmente, da igualdade em sentido material, substantivo), da democracia, do trabalho e do emprego, da solidariedade, da justiça social e do bem-estar na usualmente desigual sociedade capitalista. Também se traduziram em fórmulas diferenciadas de desenvolvimento socioeconômico sustentável e avanço tecnológico no competitivo mercado econômico mundial. [...] Além disso sintetizam, em sua variada fórmula de gestão pública e social, a afirmação de valores, princípios e práticas hoje consideradas fundamentais: democracia, liberdade, igualdade, solidariedade, valorização do trabalho e do emprego, justiça social, bem-estar”.

2 AS MUTAÇÕES NO ESTADO LIBERAL NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX

O modelo do Estado de Direito e o respeito à democracia são as plataformas de desenvolvimento indispensáveis para o Estado Providência, pois permitem a conciliação entre o capital e o trabalho, um acordo de convergência de energia humana para o bem comum (Bonavides, 2000, p. 175).

A inovação do Estado de Bem-Estar consiste, portanto, em conseguir compatibilizar a estrutura liberal de organização com o atendimento a novas demandas da sociedade no início do século XX (Merrien, 2015, p. 2).

Naquele século, ao mesmo tempo em que se instituiu a obrigação de prover direitos prestacionais e de intervir na ordem econômica e na ordem social, o Estado não renunciou ao modelo Democrático de Direito: modificou-o para estabelecer alternativa legítima, tanto ao padrão e organização socialista, quanto ao autoritarismo fascista, incrementando os valores morais da sociedade, em especial, mediante a transição entre a caridade privada e a solidariedade gerenciada pelo poder público.⁶

O Estado Providência adapta o arcabouço político-normativo do Estado burguês dos séculos XVIII e XIX aos desafios trazidos pela Revolução Industrial, em reação aos efeitos negativos da política do *laissez-faire* quanto ao agravamento da pobreza e da desigualdade material na sociedade.⁷

Essa nova concepção do modelo de Estado Liberal Democrático de Direito traz-lhe contornos peculiares, mas afastados de outras duas manifestações estatais: a autoritária socialista e a autoritária fascista.

Em relação ao Estado Socialista,⁸ a diferença, quanto ao aspecto da intervenção estatal, é de qualidade e de intensidade da atuação do Estado na ordem econômica e social. Enquanto no modelo socialista as ações são objeto de profunda planificação e o poder público é posto como principal agente

⁶ Garcia-Pelayo (2009, p. 4) atribui ao professor alemão, jurista e político social-democrata das décadas de 1920 e 1930, Hermann Heller, a formulação da ideia de Estado Social de Direito.

⁷ Arretche (2019) apresenta várias teorias sobre o advento do Estado de Bem-Estar Social.

⁸ Há particularidades na estruturação política das diversas experiências político-jurídicas nos Estados Socialistas, conforme é observada por Biscaretti Di Rufia (1988, p. 343/344). O autor divide-os em espécies, como (i) a da União Soviética, (ii) a dos Estados socialistas da Europa centro-oriental na segunda metade do século XX, (iii) a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, (iv) a dos Estados socialistas da Ásia, com destaque para a China, e (v) a da República de Cuba.

Aqui se utiliza, como paradigma, a organização da União Soviética na Constituição de 1977.

econômico da sociedade, no Estado de Bem-Estar Social não se rompe com o protagonismo da iniciativa privada do modelo capitalista, atuando o Estado na ordem econômica de forma regulatória e subsidiária com objetivo de diminuir disfuncionalidades do capitalismo e de reduzir a desigualdade social.

Além disso, em que pese haver, no Estado Socialista, destaque para os direitos sociais como o do trabalho remunerado, seguros previdenciários e direito à educação, os direitos individuais só nominalmente correspondem aos do Estado Liberal burguês. Eles lá não são concebidos como direitos inerentes à natureza humana e não têm reconhecida a natureza declaratória pré-existente ao Estado: estão subordinados aos interesses coletivos dos trabalhadores, manifestado pelo Partido Comunista, e devem servir na medida em que atendem à consolidação do regime. Da mesma forma, não se preveem medidas assecuratórias dos direitos de liberdade.⁹

Quanto a isso, o Estado de Bem-Estar não deixa de adotar o modelo de reconhecimento de direitos individuais do Estado Liberal burguês (podendo trazer adequações, como o da necessidade de a propriedade atender ao fim social), adicionando-lhe os direitos sociais, que passam a integrar a concepção mais abrangente de direitos fundamentais (na segunda dimensão).¹⁰

Quando comparados a Estados autoritários, do modelo fascista, o Estado de Bem-Estar Social apresenta diferença na estrutura e na proteção de direitos fundamentais.

É possível que Estados autoritários fascistas intervenham na ordem econômica e social para garantir mecanismos de proteção de direitos sociais, como aconteceu com a Itália sob Mussolini, ou com a Alemanha nazista (aqui, sob contorno de totalitarismo) nos anos 1930. Ocorre que a intervenção

⁹ No mesmo sentido, Garcia-Pelayo (2000, p. 596). Streck e De Moraes (2012, p. 74/75) afirmam: “A intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante, antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de duas ideias características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção”.

¹⁰ Garcia-Pelayo (2009, p. 14) destaca: “Os valores básicos do Estado democrático-liberal eram a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal através do sufrágio. O Estado social democrático e livre não nega esses valores; pretende torná-los mais efetivos na medida em que lhes dá uma base e um conteúdo material. Para isso, parte do pressuposto de que o indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias, mas dois termos em implicação recíproca, de tal modo que um não pode se realizar sem o outro. Assim, não há possibilidade de atualizar a liberdade se seu estabelecimento e garantias formais não forem acompanhados de condições existenciais mínimas que tornam possível seu exercício real”.

estatal, no autoritarismo de extrema direita, se dá sem observar parâmetros do Estado Democrático de Direito, além de os direitos fundamentais poderem ser simplesmente desconsiderados pelo governo. O poder, lá, não se submetia à soberania popular, o acesso a um Judiciário independente restava prejudicado, bem como não havia respeito ao devido processo legal. Além disso, não se permitiu que houvesse real oposição do indivíduo ao poder público na garantia de direitos individuais eventualmente violados.

Por outro lado, como antes colocado, a nota de toque do *Welfare State* é a da intervenção estatal na implementação de direitos sociais sem abandonar o paradigma do Estado Democrático de Direito.

A caracterização inovadora no Estado Providência, no ambiente liberal, é a de que, além do incremento da intervenção pública de forma sistematizada, cabe ao Estado garantir prestações positivas (de fazer ou de dar dinheiro) como direito subjetivo de natureza fundamental e como direito humano.

No modelo anterior do Estado Liberal burguês (séculos XVIII e XIX), o respeito à liberdade era visto como única exigência a se esperar do Estado. A partir do século XX, não se concebe mais o respeito à dignidade humana sem que haja mínima materialização de garantias socioeconômicas para a efetividade dessa mesma liberdade.

Os padrões liberais de segurança jurídica e de igualdade perante a lei são mantidos (o Estado Social é, antes de tudo, um Estado Liberal), mas devem ser complementados com a garantia de condições de vida, em especial, para o desenvolvimento integral da pessoa, em respeito à igualdade de chances ou de oportunidades, a partir da visão de que a solidariedade precisa ser gerenciada pelo Estado. Enquanto o modelo anterior era fundamentalmente o de um Estado legislador, este agrega funções de gestão (reforçando principalmente o papel do Executivo nas políticas públicas).

2.1 Contexto histórico e político

O *Welfare State* realmente só é concebido na primeira metade do século XX. Seu advento decorre economicamente da Revolução Industrial, ocorrida nos dois séculos anteriores, mas está enredado em uma encruzilhada de peculiares

fatos sociais e políticos, além de ser fruto de embates ideológicos ocorridos do declínio da *Belle Époque* até a década de 1940: (i) a Primeira Guerra Mundial e a crise de 1929/1930 e (ii) a Segunda Guerra e a nova ordem mundial estabelecida a partir daí.

2.1.1. A Primeira Guerra Mundial e a Crise de 1929

As necessidades logísticas e de pessoal na Primeira Guerra exigiram que o poder público de diversos países tivesse que assumir postura mais interventiva do que havia antes como padrão na relação entre Estado e sociedade (mercado) no continente europeu e nos Estados Unidos da América. A dimensão assumida por este conflito alterou o modelo de atuação pública nas indústrias de transformação (bélica), além de exigir regulação intensa no comércio para fornecimento de gêneros alimentícios, bem como permitiu maior constrangimento nas garantias individuais decorrente da emergência do esforço de guerra.

Modificações dessa magnitude, se ocorrem por período razoável (a Primeira Grande Guerra durou cinco anos), criam memória na sociedade, que se torna mais tolerante com o papel ativo do Estado na regulação da vida social, mudando o paradigma de que a este caberia apenas garantir paz e segurança.

Isso logo se fez sentir com a incorporação jurídico-normativa de direitos sociais na Constituição alemã de 1919.¹¹

A crise econômica de 1929 gerou, primeiro nos Estados Unidos da América, depois na Europa e em todo Ocidente, tensões sociais decorrentes da inflação, restrição de atividade econômica, *crash* no sistema bancário, crise no mercado de valores e dos produtos agrícolas e um desemprego considerável.¹² O novo desafio exigiu aumento de despesas públicas para a manutenção de empregos e para garantir a sobrevivência dos trabalhadores.

¹¹ No Brasil, a primeira Constituição considerada de índole social foi a de 1934. No mesmo sentido, dentre outros, Neto e Sarmiento (212, p. 117): “A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se para a disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura”. A previsão da ordem social na Constituição brasileira de 1934 é menos fruto imediato da Primeira Guerra Mundial do que da crise econômica de 1929/1930. Historicamente, antes da Constituição alemã de Weimar, a Constituição mexicana de 1917 é considerada a primeira a instituir um Estado Social de Direito.

¹² A história da crise de 1929 pode ser conferida em *Capitalismo na América – uma história* (Greenspan e Wooldridge, 2020)

O enfrentamento da grave situação teve por fundamento a teoria econômica do inglês John Maynard Keynes desenvolvida na década de 1930. De acordo com ela, cabe ao Estado exercer o papel de estimulador da atividade econômica e com isso incrementar a criação de empregos, sem alterar a estrutura capitalista, levando ao aumento do poder aquisitivo das pessoas e gerando crescimento de produção.

Nos EUA, o Presidente Franklin Delano Roosevelt aplicou política intervencionista na economia mediante a adoção de diversas medidas de reorganização do sistema bancário, do mercado de capitais e das relações de trabalho, conhecida como *New Deal*.

O plano de reforma de Roosevelt dedicou-se a superar as dificuldades decorrentes das atribuições constitucionais dos estados da Federação, em matéria de legislação sobre comércio e trabalho, e a organizar um sistema abrangente de proteção contra riscos sociais, sem desrespeitar o princípio da iniciativa privada e o empreendedorismo norte-americano.

Dessas medidas, no que interessa mais à presente abordagem, foi publicado o *Social Security Act* em 1935, instituindo um sistema de proteção, em especial, de seguro-velhice e seguro-desemprego, com a utilização, pela primeira vez, da expressão *social security* (previdência social), com pretensão (não completamente alcançada) de uniformidade nacional de tratamento e estimulando os estados federados a dar a devida atenção ao tema.¹³

A forma como os EUA enfrentaram a crise mudou a bússola do liberalismo, de Smith para Keynes, influenciou a ordem jurídica constitucional dos países e as nascentes instituições internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e fez escola imediatamente na Europa e na América Latina.

¹³ A implementação das reformas não se deu sem resistência da Suprema Corte norte-americana. Em postura de reconhecido ativismo judicial, o Tribunal considerou inconstitucionais várias medidas implementadas no *New Deal*, gerando uma crise institucional com o Poder Executivo - no que ficou conhecido como Era Lochner (cujo marco principal foi o julgamento, em 1905, de *Lochner v. New York*). O *backlash* somente foi superado em 1937, com o julgamento de *West Coast v. Parrish*, após o *court-packing plan*, no qual Roosevelt tentou reformar a composição do tribunal, sem sucesso, mas que contribuiu para a mudança da atitude da Corte. Sobre o assunto, ver Rehnquist (1987, p. 215 e ss). Especificamente quanto à previdência social e as relações entre entidades federativas, Roosevelt conseguiu criar um seguro-velhice uniforme no território nacional porque a disciplina dessa matéria não era compreendida como derivada de relação de trabalho (de atribuição estadual), mas o mesmo não pode ser feito quanto ao seguro-desemprego, cujos traços gerais foram dados pela União, com previsão de especificação por parte dos estados-membro.

Ao desempenhar uma função anticíclica nos sistemas de proteção social, o Estado evitou que se interrompesse a demanda – com mecanismos como seguro-desemprego e, até mesmo, oferta direta de postos de trabalho –, o que dava poder de compra ao consumidor e sustentava a economia.¹⁴

2.1.2. A Segunda Guerra e a nova ordem mundial

Da mesma forma que ocorreu na Primeira Grande Guerra, a Segunda Guerra Mundial favoreceu o espírito interventivo do Estado na economia, diante da carência alimentar decorrente do conflito e da necessidade de aprovisionamento logístico, com medidas de transformação da indústria, de imposição de racionamento alimentar e de restrição à liberdade individual.

Contudo, após o segundo grande conflito houve o estabelecimento de uma ordem mundial diferente da que foi posta no primeiro, com o início da Guerra Fria, a reconstrução da Europa (pelo Plano Marshall), o processo de descolonização da África e a criação de um sistema consolidado de instituições internacionais dotadas de maior efetividade em relação à paz e à segurança, aos direitos sociais, à saúde coletiva e à educação.

Como consequência, muitas constituições promulgadas na segunda metade do século XX deram tratamento sistematizado à proteção de direitos sociais. Além disso, os países esforçaram-se em reconhecer e dar eficácia a declarações de direitos envolvendo a ordem econômica e social, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU.

Na seara constitucional, em que pese a importância das anteriormente referidas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) na declaração de direitos sociais, deve ser reconhecido que a Lei Fundamental de Bonn, da

¹⁴ Uma medida importante do *New Deal* foi a instituição de agências que, dentre outras funções, empregavam diretamente pessoas, das quais são exemplos a *Civil Works Administration*, a *Civilian Conservation Corps*, a *Federal Emergency Relief Administration*, a *Public Works Administration* e a *Tennessee Valley Authority*. No campo legislativo, além do *Social Security Act* (1935), houve considerável avanço social por meio do *National Labor Relations Act* (1935), que garantiu o direito de auto-organização aos trabalhadores e protegeu estas coletividades, e o *Fair Labor Standards Act* (1938), que criou o salário mínimo e limitou a jornada de trabalho (Sustein, 2006).

De acordo com Gadelha (2011, p. 795): “A teoria keynesiana tradicional afirma que, no curto prazo, a política fiscal tem um efeito positivo sobre o nível de atividade econômica, através do multiplicador dos gastos. Logo, os gastos públicos são considerados um instrumento exógeno de política econômica, causando mudanças no nível agregado do PIB real no curto prazo e sendo usados para corrigir as flutuações cíclicas da economia”.

Alemanha de 1949, deu um novo impulso, explicitamente qualificando o Estado Democrático de Direito como social e estabelecendo princípios jurídicos retores da atuação do poder público na intervenção da ordem econômica e social, além de dar tratamento global à proteção dos direitos sociais.¹⁵

A Constituição alemã de 1949 inaugura um novo padrão na integração dos direitos sociais e na visão integral de proteção da pessoa, passa a exigir papel mais ativo do poder público na garantia e proteção dos direitos fundamentais, a partir do vetor moral da dignidade da pessoa humana. O modelo foi seguido, na Europa, pelas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), que vieram a influenciar dogmaticamente a elaboração da Constituição brasileira de 1988.

No âmbito internacional, a Carta do Atlântico (Estados Unidos da América e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, 1941), assinada anteriormente ao ingresso norte-americano na Guerra (e antes da criação da ONU), destacou, nas cláusulas 5ª e 6ª, a decisão de estabelecer a colaboração mais completa entre as nações no domínio econômico, a fim de assegurar a todos as melhores condições de trabalho, uma situação econômica mais favorável e a previdência social; e a busca por uma paz que proporcionasse, no interior das nações, a proteção contra a necessidade.

Portanto, com o olhar mais à frente do término do conflito, a assinatura Carta do Atlântico demonstrou que duas nações protagonistas no cenário internacional reconheciam que o restabelecimento da paz e da segurança de longo prazo não prescindiria de um novo olhar sobre a necessidade humana, a exigir atuação mais ativa dos Estados.

Logo a seguir, a Organização Internacional do Trabalho publicou a Declaração da Filadélfia em 1944, propondo-se a utilizar institucionalmente sua expertise para colocar em ação os objetivos das cláusulas 5ª e 6ª, da Carta do Atlântico (Organização Internacional do Trabalho, 1944).¹⁶

Por fim, com a criação da Organização das Nações Unidas, a Declaração

¹⁵ Garcia-Pelayo (2009, p. 5) chega a afirmar que a ideia de Estado Social foi constitucionalizada pela primeira vez em 1949, pela Lei Fundamental (Constituição) da República Federal Alemã, ao defini-la, em seu artigo 20, como “Estado republicano, democrático e social de direito” e, em seu artigo 28, como “um Estado Democrático e Social de Direito”.

¹⁶ No ambiente regional americano, outro marco normativo relevante foi a Conferência Interamericana de Previdência Social, ocorrida em setembro de 1942 em Santiago do Chile, na qual se firmou o compromisso dos países do Continente com a proteção social (Conferência Interamericana de Seguridade Social, 1942).

Universal dos Direitos do Homem de 1948 fez alusão, nos artigos 22 e 25, ao direito à segurança social e à proteção contra riscos sociais (Organização das Nações Unidas, 1948).

É relevante destacar a conexão existente entre a política do *New Deal* nos Estados Unidos, a Carta do Atlântico e a inserção da proteção de direitos sociais na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, tributada à visão do Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt sobre a importância de a pessoa tornar-se livre de necessidades (*freedom from want*).¹⁷

Com base nisso, pode-se afirmar que o *Welfare State* surge em decorrência do ambiente fático da primeira metade do século XX: as duas Grandes Guerras e o

¹⁷ Cass Sustein (2006, p. 2-3), no livro *The Second Bill of Rights*, destaca a importância do discurso sobre o Estado da União proferido por Roosevelt em 11 de janeiro de 1941, já envelhecido, doente e sobre cadeiras de rodas, pelo rádio (e não tradicionalmente ao Congresso), do qual se poderia extrair a proposta de uma segunda declaração de direitos à Constituição de 1787 (em complemento à do ano de 1791), fundada na correlação entre quatro liberdades - liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de necessidade e liberdade do medo (*freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, and freedom from fear*). Sustein ressalta que o impacto do discurso foi menor no ambiente interno daquele país do que em âmbito internacional.

A visão de Roosevelt de que a adequada compreensão de questões econômicas e sociais garantiria “a todas as nações em todos os lugares uma vida saudável em tempos de paz a seus habitantes”, foi a base da Carta do Atlântico e da inovadora referência à proteção social na Declaração Internacional dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, apoiada por sua viúva, Eleanor Roosevelt (Sustein, 2006, p. 2/3).

Merece ser destacada a seguinte passagem do discurso: “In our day these economic truths have become accepted as self-evident. We have accepted, so to speak, a second Bill of Rights under which a new basis of security and prosperity can be established for all— regardless of station, race, or creed. Among these are: • The right to a useful and remunerative job in the industries or shops or farms or mines of the Nation; • The right to earn enough to provide adequate food and clothing and recreation; • The right of every farmer to raise and sell his products at a return which will give him and his family a decent living; • The right of every businessman, large and small, to trade in an atmosphere of freedom from unfair competition and domination by monopolies at home or abroad; • The right of every family to a decent home; • The right to adequate medical care and the opportunity to achieve and enjoy good health; • The right to adequate protection from the economic fears of old age, sickness, accident, and unemployment; • The right to a good education. All of these rights spell security. And after this war is won we must be prepared to move forward, in the implementation of these rights, to new goals of human happiness and well-being” (Nos dias atuais, estas verdades econômicas são plenamente aceitas. Aceitamos, por assim dizer, uma segunda Declaração de Direitos sobre a qual uma nova base de segurança e prosperidade pode ser estabelecida para todos – independentemente de classe, raça ou credo. Entre eles estão: • O direito a um emprego útil e remunerado nas indústrias, no comércio, fazendas ou minas da nação; • O direito de ganhar o suficiente para fornecer alimentação, vestuário e recreação adequados; • O direito de cada agricultor de cultivar e vender os seus produtos com um rendimento que proporcione a ele e à sua família uma vida decente; • O direito de todos os empresários, grandes e pequenos, de negociar em ambiente comercial livre de concorrência desleal e de dominação por monopólios nacionais ou estrangeiros; • O direito de cada família a uma casa digna; • O direito a cuidados médicos adequados e à oportunidade de alcançar e desfrutar de boa saúde; • O direito a uma proteção adequada contra os receios econômicos da velhice, da doença, dos acidentes e do desemprego; • O direito a uma boa educação. Todos esses direitos significam segurança. E, depois de vencida esta guerra, devemos estar preparados para avançar na implementação destes direitos, para novos objetivos de felicidade e de bem-estar) – tradução livre.

enfrentamento da crise de 1929, com a prevalência do pensamento de Bretton Woods (John Maynard Keynes e Harry White) da economia capitalista.¹⁸ Contudo, esses fatos encontraram um ambiente de ideias que vinha sendo gestado desde a Revolução Industrial.

2.2 Construções teóricas do Estado Providência

Conforme antes posto, o Estado de Bem-Estar não deve ser visto como sucedâneo do socialismo, mas sim como reação interna, no pensamento liberal, ao *laissez-faire*. As necessidades sociais do século passado exigiram um movimento de correção dos desequilíbrios econômicos e sociais gerados pelo capitalismo smithiano, ao admitir que a “mão invisível” do mercado não poderia tudo.

Para a ascensão do Estado Providência, foi fundamental a construção do conceito de liberdade positiva, a partir das modificações do pensamento jurídico liberal que deram azo à corrente denominada de liberalismo social (Merquior, 2014).

A principal questão posta para essa linha de pensamento foi a progressão da liberdade negativa para a liberdade positiva, assegurando a capacidade de os homens buscarem seu desenvolvimento integral, o que significa agregar os direitos sociais prestacionais aos direitos individuais, sob o vetor moral da dignidade da pessoa humana.

Na melhor linha desse novo pensamento liberal, comentando a liberdade como direito de abstenção do Estado e de terceiros, Isaiah Berlin (1981) denominou-a de “liberdade de” ou negativa, para diferenciá-la da definição de “liberdade para”, que consiste na capacidade de exercício da liberdade, também chamada de liberdade positiva, que pressupõe a presença de condições para o exercício da autonomia de vontade.

A “liberdade para” é uma liberdade de participação e atuação do indivíduo,

¹⁸ De acordo com Cozendey (2013, p. 31), “Embora seus fantasmas fossem os mesmos e estivessem de acordo em grande parte de suas visões sobre a gestão da economia moderna, White e Keynes prepararam para seus governos planos bastante distintos para a gestão da economia internacional. A Conferência de Bretton Woods foi convocada praticamente a contragosto dos ingleses, que prefeririam ter acertado previamente com os norte-americanos as principais diferenças entre os dois planos. Mas após dois anos da discussão bilateral iniciada em julho de 1942, os EUA, após articulação com outros países aliados, forçaram a realização da Conferência e dela extraíram resultados muito próximos do plano original de White nos seus principais elementos” (Cozendey, 2013, p. 31).

principalmente nas decisões políticas da sociedade. Mas também se pode fazer uma leitura dessa modalidade de liberdade vinculando-a à necessidade da presença de meios materiais, físicos, para o exercício da liberdade. Nessa compreensão, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, através de prestações sociais, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada. A miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e retiram dele a possibilidade de ser livre.¹⁹

O liberalismo social, a rigor, não se distancia do que sempre pretendeu o pensamento liberal, pois este último também tem por objetivo o desenvolvimento livre do indivíduo, o que não poderia ser alcançado nem pelas experiências de implementação de estados socialistas e nem pelas do autoritarismo fascista.

De um lado, o estatismo leninista se empenhou em destruir o capitalismo e a liberdade individual; de outro, o fascismo não se importava em impor sacrifício à democracia para salvar o sistema capitalista. O que restava ao liberalismo era se remodelar a partir das ideias de Keynes para, mantendo os padrões da estrutura do Estado Democrático de Direito, potencializar a dimensão dos direitos fundamentais pelo reconhecimento de direitos sociais prestacionais, mediante a intervenção do poder público na economia de maneira subsidiária, sem ruir o pilar da autonomia privada: o desafio foi compatibilizar a liberdade com a justiça social.

3 A CRISE E QUASE RUPTURA

O Estado Social de Direito não se consolidou da mesma forma nos diversos países na primeira metade do século XX. Sua classificação mais difundida divide-os em três espécies: (i) a da formatação mais liberal, em que há um seguro social limitado, benefícios que atendem principalmente a pessoas de baixa renda

¹⁹ Berlin (1981, p. 139/140) afirma que “temos de preservar uma área mínima de liberdade pessoal se não quisermos ‘degradar ou negar nossa natureza’. Não podemos permanecer livres em termos absolutos e precisamos deixar de lado uma parcela de nossa liberdade para preservar o restante. Mas a submissão total constitui autoderrota. Qual, então, deverá ser esse mínimo? Deverá ser aquele que um homem não possa abandonar sem causar prejuízos à essência de sua natureza humana. O que constitui essa essência? Quais são os padrões que ela origina? São questões que sempre representaram – e provavelmente sempre representarão – ilimitado campo de discussões. Mas, qualquer que seja o princípio segundo o qual deve ser traçada a área de não-interferência, seja ele do direito objetivo natural ou dos direitos subjetivos naturais, da utilidade ou dos termos de imperativo categórico, da sacralidade do contato social ou de qualquer outro conceito com o qual os homens têm procurado esclarecer e justificar suas convicções, a liberdade nesse sentido significa ‘liberdade de’”.

e em que a função do Estado é basicamente a de subsidiar regimes privados de proteção social – EUA, Canadá e Austrália-; (ii) a do modelo corporativista, com a previsão de fornecimento de direitos ligados a classes de trabalhadores, nos quais os benefícios privados desempenham um papel secundário e em que não há séria preocupação com redistribuição de renda. Nessa espécie, a atuação do Estado é subsidiária à da família e foi o que mais sofreu influência da Doutrina Social da Igreja – Áustria, França, Alemanha e Itália-, e (iii) a do tipo social-democrata, nos quais se busca seriamente a igualdade na sociedade, em uma mistura de elementos de programas universalistas e de solidariedade. O Estado, aqui, assume responsabilidade direta de cuidar de crianças, idosos e desamparados, independentemente da responsabilidade familiar - países nórdicos (Esping-Andersen, 1990, p. 26-28).²⁰

De qualquer forma, observa-se que, após a Segunda Guerra Mundial e até a década de 1970, o Estado Providência teve grande desenvolvimento e foi fundamental na reconstrução da Europa. Contribuiu para o estabelecimento de uma classe média representativa e para a redução das desigualdades sociais e regionais, na esteira de altos índices de desenvolvimento econômico dos países daquele continente.

De 1945 a 1970, período que os europeus denominam de “trinta anos gloriosos”, foram consolidadas políticas públicas importantes de universalização de educação fundamental e de saúde pública, de assistência social e de previdência social; modelo que foi adotado de maneira imperfeita em diversos países da América Latina, inclusive no Brasil, nos quais os efeitos das políticas públicas foram prejudicados pelo excesso de burocratização e pelo aproveitamento patrimonialista a favorecer a elite econômica e política.

Contudo, mesmo na Europa, no início dos anos 1970, o paradigma do Estado Providência começou a ser questionado, diante do aumento dos gastos públicos, das projeções sobre a inviabilidade futura do modelo social-protetivo e do avanço doutrinário, na Economia Política e no Direito, de uma onda teórica que se apresentava como hegemônica: o neoliberalismo.²¹

²⁰ A classificação é importante para se verificar, depois, que a influência da globalização nesses países, a depender do modelo, se deu de forma diferente.

²¹ Em que pese a proximidade gráfica e fonética, novo liberalismo e neoliberalismo são conceitos distintos no pensamento liberal. O novo liberalismo corresponde ao social-liberalismo, relacionado à ascensão do Estado de Bem-Estar. O neoliberalismo, pensamento influente no final do século XX e que acompanhou a crise do Estado Providência, defende o Estado mínimo, limitado à função de garantia da paz, da estabilidade das relações jurídicas e da segurança (Merquior, 2014, p. 186-259).

3.1 Mudança de conjuntura: rumo à globalização

Na Europa, já no fim da década de 1960, os dados orçamentários públicos em geral indicavam aumento de despesas governamentais em relação aos créditos, o que poderia levar, a médio prazo, a uma crise fiscal (Bobbio, Matteuci e Pasquino, 2000, p. 218).

Isso se deu pela expansão demasiada do Estado de Bem-Estar Social no pós-Guerra, embalado por índices de crescimento impressionantes na segunda metade da década de 1940 e na década de 1950, em decorrência da reconstrução de uma Europa arrasada. Além disso, havia uma certa euforia pela avaliação equivocada de que esses índices poderiam se sustentar a longo prazo, além da vertigem da busca por uma proteção universal objetiva (que pretendia abraçar todas as necessidades humanas de bem-estar) e subjetiva (de proteger as pessoas em qualquer situação, mesmo que não estivessem propriamente necessitadas de apoio estatal).

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, que passaram a domar o avanço de medidas mais interventivas do Estado na economia assim que as consequências da crise de 1930 ficaram sob controle, o padrão comportamental de várias sociedades no continente europeu foi de constante expansão protetiva de uma população que, a partir de determinado ponto, poderia caminhar com as próprias pernas no pós-Guerra.

A maioria dos países da Europa ocidental assistiu a um constante aumento na regulação do mercado e no fornecimento de prestações sociais, em clima de certa euforia diante da situação de pleno emprego e do fomento da construção civil, da reestruturação urbana de cidades parcialmente destruídas e de medidas inclusivas nas áreas de saúde e de educação e cultura (Zippelius, 1994, p. 489).

Já no final da década de 1960, o avanço desmedido das políticas públicas universais começou a cobrar seu preço pelo aumento de gastos governamentais, sugerindo a possibilidade de eclosão de uma crise financeira caso não houve revisão no movimento de constante avanço protetivo.

A tempestade perfeita veio então com as crises do petróleo dos anos 1970, que reduziram a atividade econômica mundial, geraram desemprego e impactaram nas receitas estatais, elevando a dívida pública. Paralelamente a isso, o advento

da Terceira Revolução Industrial²² estimulou a concorrência internacional e o deslocamento de parques industriais de grandes empresas da Europa para países asiáticos nos quais o custo social dos empregos era bem menor.²³

Além disso, o gigantismo da burocracia estatal afastou a participação da sociedade civil, com a perda de diálogo social e de informação. Em certa medida, as pessoas deixaram de compreender a importância do sistema de proteção para avaliá-lo apenas a partir da visão do custo elevado para as finanças públicas e do aumento da carga tributária (Rosanvallon, 1997, p. 50)

Na década de 1980, a globalização, os avanços nas áreas de tecnologia e de comunicação e a fusão de empresas multinacionais fizeram com que houvesse o retorno à defesa teórica de um liberalismo econômico avesso à intervenção estatal.

Por consequência, assistiu-se paulatinamente ao deslocamento do centro decisório dos países para instâncias financeiras e comerciais supranacionais, ao estabelecimento de blocos econômicos e ao enfraquecimento da rigidez do tradicional conceito de soberania dos Estados. O poder migrou dos países para os Blocos, como por exemplo a União Europeia, de um lado; e para organizações internacionais, como a Organização Mundial de Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), de outro.

A revolução econômica do final do século XX intensificou as relações comerciais, mas agravou a má distribuição de riquezas, aumentando o fosso de desenvolvimento existente entre países ricos e pobres. Dentro dos países mais carentes, o fenômeno também pode ser sentido - a globalização não beneficiou a todos de maneira uniforme e aumentou a diferença de padrão de vida entre as pessoas.

O mais grave, em relação aos países periféricos, é terem sido alcançados fortemente pela onda ultraliberal sem terem implementado de forma eficaz

²² Sobre as três revoluções tecnológicas, ver Schwab (2016, p. 18/19): “A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)”.

²³ Robert Castel destaca que a crise do Estado Social, a partir da década de 1970, tem também como causa o enfraquecimento do Estado-nação (2015, p. 512). Essa obra é importante referência de estudo antropológico da questão social.

medidas estruturais do Estado de Bem-Estar Social. A defesa institucional das ideias neoliberais por Margareth Thatcher no Reino Unido e por Ronald Reagan nos Estados Unidos influenciou países subdesenvolvidos, muitas vezes sob governos autoritários na política e liberais na economia, como ocorreu no Sudeste Asiático e em países latino-americanos (por exemplo, no Chile de Pinochet).

O novo contexto econômico de globalização comercial e financeira impactou os países, exigiu cortes de gastos em investimentos sociais e trouxe dificuldades extras a determinadas áreas, como a da previdência, no que se refere ao equilíbrio financeiro e atuarial.

O social-liberalismo cedeu espaço ao neoliberalismo.

3.2 O liberalismo igualitário em contraponto ao libertarianismo

As mudanças no comércio internacional com o fenômeno da globalização e na conjuntura financeira interna dos países trouxeram descrença na capacidade de o Estado gerenciar atividades econômicas de maneira eficiente.²⁴

No âmbito jurídico, ascendeu um novo ideário liberal (de conteúdo, bem próximo do liberalismo clássico dos séculos XVII-XIX), defendendo a proteção exclusiva da liberdade individual no espectro dos direitos fundamentais e limitação da ação estatal somente ao atendimento de obrigações negativas, sem intervenção na ordem social e econômica.

Destacaram-se as ideias econômicas de Friedrich von Hayek e de Milton Friedman, propondo que o Estado empregasse sua estrutura apenas para garantir a estabilidade das relações privadas e para fornecer serviços que não pudessem ser fornecidos pelo mercado. Além disso, naquilo que passou a ser conhecido como conceito da indivisibilidade da liberdade, Hayek sustentava que, ao menos que houvesse liberdade econômica, as outras liberdades (direitos individuais, direitos políticos) não conseguiriam se manter (Hayek, 2023).

²⁴ Rosanvallon (1997) identifica a crise sob as vertentes financeira, ideológica e filosófica. Utilizando como objeto de pesquisa os sistemas de proteção social na França da década de 1970, ressalta que as despesas sociais daquele Estado, no período, cresceram de 7 a 8% ao ano, enquanto as receitas aumentaram somente de 1 a 3%. A crise ideológica, para o autor, “traduz a suspeita de que o Estado empresário não administra eficazmente os problemas sociais. Ela corresponde à dúvida a respeito de um instrumental cada vez mais opaco e crescentemente burocratizado, o que prejudica a percepção da sua finalidade e provoca uma crise de legitimidade”. Em relação à filosofia, ressalta a desagregação dos princípios de organização da solidariedade

Na mesma linha, no Direito, Robert Nozick (1991), autor de *Anarquia, Estado, e Utopia*, faz, a partir de uma visão contratualista, forte defesa de direitos individuais pré-existentes como a vida, a liberdade, a propriedade e o de não sofrer coerção.

O professor de Harvard, contra o anarquismo, sustenta a legitimidade de uma organização estatal mínima com função de defesa contra a violência, o roubo, a fraude e com atribuição para exigir o cumprimento de contratos.

No entanto, o Estado, para Nozick, não deve garantir direitos sociais (para ele não seriam sequer direitos, mas meros serviços), pois, ao fazê-lo, viola os direitos individuais da liberdade e de não se sofrer coerção injusta na propriedade. Realizar gastos com serviços sociais seria coagir o indivíduo a se desfazer de parte de sua propriedade para favorecer outra pessoa, contrariando a visão kantiana de que o indivíduo seja um fim em si mesmo e de que não possa ser usado como meio de benefício do outro.

Nozick, ao mesmo tempo que se opõe à noção de justiça distributiva de John Stuart Mill (2019), segundo a qual os bens produzidos em uma sociedade devem ser distribuídos segundo o benefício do maior número de pessoas, também procura demonstrar inconsistência do conceito rawlsiano de justiça como equidade, de acordo com o qual a distribuição de benefícios sociais seria justa se promovesse a equidade social.

Explica-se. Rawls (1997) estabelece o princípio do igualitarismo liberal, na linha de um contratualismo de matriz kantiana - que o aproxima do pensamento social-democrata. De acordo com ele, as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (i) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (ii) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades – segundo princípio da noção de justiça como imparcialidade.

Assim, em Rawls, as desigualdades sociais são suportadas desde que sejam vantajosas para todos, dentro dos limites do razoável e baseadas na igualdade de oportunidades. O filósofo não defende a igualdade material dos indivíduos. Ele admite a desigualdade social, desde que as pessoas tenham condições de disputar as diversas posições em igualdade de chances, adotando-se o sistema de mercado com possibilidade de intervenção institucional para eventual correção de injustiças em favor dos menos favorecidos.

Seu raciocínio conduz à leitura de que o Estado não deve permitir desequilíbrios que impeçam os indivíduos de disputar as posições sociais em igualdade de oportunidades. Portanto, se as condições estiverem agudamente desequilibradas, cabe ao Estado interferir na relação intersubjetiva, para permitir a disputa justa. Segundo Rawls, devem ser estabelecidas adaptações do mercado livre dentro de uma estrutura de instituições políticas e legais que regule as tendências globais dos eventos econômicos e preserve as condições sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades.

Vê-se, portanto, que a visão liberal de Rawls sobre as funções do Estado permite a intervenção para a garantia de chances com a entrega de prestações positivas, pois os bens disponíveis devem ser redistribuídos para o benefício dos mais desfavorecidos, com a finalidade de promover uma sociedade mais equitativa.²⁵

Apesar de a teoria da justiça de John Rawls não ter inspirado a instituição do Estado de Bem-Estar Social, uma vez lhe ser posterior, seus fundamentos liberais reforçam o papel do Estado como entidade gerenciadora de solidariedade compulsória na redistribuição para a garantia de oportunidade de chances.

É justamente essa ideia o objeto de refutação mais forte pelo libertarianismo de Nozick. Para ele, a desigualdade social não é injusta em si, se aquele que recebe mais obtém isso de forma legítima, pelo trabalho ou pela herança, por exemplo. A partir daí, comparando o pagamento de impostos ao trabalho forçado, questiona se é justo que uma pessoa tenha parte de seu patrimônio retirado pelo Estado em favor de outras menos favorecidas para custear serviços dos quais a primeira não seja beneficiada.

Em Nozick, apesar de ser correto ajudar os mais desfavorecidos, esse deve ser um ato privado e voluntário, não cabendo ao poder público coagir alguém a ser solidário. Ao cobrar tributos com o fim redistributivo, o Estado violaria a liberdade individual e o direito de propriedade, o que é moralmente injustificável. Assim, o referido autor afirma que a pergunta correta não é “quem deve receber o quê”, mas sim “se tenho direito ao que tenho”.

²⁵ As contribuições filosóficas de John Rawls estabeleceram um novo paradigma igualitarista liberal e levou ao desenvolvimento de outras abordagens semelhantes capazes de fazer dialogar os conceitos de liberdade e de igualdade, dando sustentação moral a ações públicas distributivas capazes de incrementar oportunidades para os mais desfavorecidos dentro da sociedade, como o *starting gate liberalism* de Bruce Ackerman, o *resource-based egalitarianism* de Ronald Dworkin, o *desert-based liberalism* de David Miller e a abordagem das “capabilites” de Amartya Sen (Ferrera, 2019a).

É justamente essa visão filosófica ultraliberalista que passou a dar respaldo à forma de ver o mundo na hegemonia cultural do fim do século XX, com a supervalorização da liberdade negativa, da igualdade apenas formal e com o enfraquecimento do princípio da solidariedade.

Em resumo, o fenômeno da globalização, a situação de dificuldade orçamentária agravada a partir da década de 1970, a perda da situação do pleno emprego obtida nos trinta anos gloriosos e a acentuação da concorrência internacional, reforçados pela vertente filosófica do libertarianismo, levaram ao discurso de inviabilidade do Estado Providência e de sua incompatibilidade com o desenvolvimento econômico capitalista.

É importante pontuar que o neoliberalismo, em que pese ter se tornado uma corrente dominante no discurso a partir do final dos anos 1970, foi mais influente nos anos 1980, seu período de ascensão, mas passou a sofrer questionamentos a partir da segunda metade dos anos 1990 e no início dos anos 2000, pela avaliação de suas consequências para retrocesso em níveis civilizatórios e de geração de desigualdades para a população mais carente dos países.

Além disso, sua influência não foi uniforme nos países.

Aqueles que, antes, tiveram desenvolvimento estruturado de Estado de Bem-Estar Social e que conseguiram colher, da intervenção do Estado na economia e nas relações sociais, os frutos de aumento de renda da maioria da população, estruturação da classe média, desenvolvimento tecnológico e de redes adequadas de comunicação e transporte, sofreram menos a influência do novo padrão liberalizante (Castles, 2019).

O novo contexto não modificou profundamente a realidade dos principais países europeus envolvidos, como a Alemanha, a França, os Países Baixos e os países escandinavos. As mudanças não foram capazes de desconstituir o padrão conquistado, em que pese algumas alterações localizadas terem ocorrido, sem que se possa afirmar ter havido abandono das bases anteriormente postas pelo Estado Providência (Delgado e Porto, 2018, p. 26/27).

A situação foi diferente em países com menor nível de desenvolvimento na Europa oriental e na América Latina.

Nesses países, a reviravolta trazida pela onda neoliberal causou maior impacto.

Em sociedades periféricas com altos níveis de desigualdade e com história de formação vinculada à estrutura de colonização exploratória, muitas vezes fundada na escravização e no racismo, com industrialização tardia e incompleta no século XX e com perfil autoritário de governos, o neoliberalismo conseguiu ter maior impacto.

Em vários países periféricos, políticas sociais assistemáticas acabaram por gerar o recrudescimento de uma burocracia ineficiente e de favorecimento da elite econômica ou do funcionalismo. Com isso, ao invés de se obter o efeito de redução da desigualdade, a aparência de adoção de medidas referenciais do Estado Providência favoreceu o patrimonialismo, o aumento do fosso entre a pobreza e a riqueza e a acumulação de capital nas mãos de elite econômica tradicional.

Assim, sem obter, até os anos 1970, os benefícios sociais que poderiam ter sido gerados com a intervenção estatal na economia e na área social quanto à redução da desigualdade, países pobres se depararam com os efeitos normativos e econômicos do estabelecimento de um discurso hegemônico estrangeiro libertário a partir da década de 1980 (Streck e De Moraes, 2012, p. 81-83).

Em nações subdesenvolvidas, ao invés de se corrigirem os vícios de um Estado de Bem-Estar Social insuficiente e capturado pela elite econômica e burocrática em meados do século XX, adotou-se a política de minimização do Estado e a demonização de sua capacidade de influir na redução do déficit social no final do mesmo século.

O que existia pouco e torto ainda foi desmontado em vários países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, com variações de intensidade de país a país.

4 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL REMODELADO

A constatação de que o desmonte do modelo de Estado de Bem-Estar Social agrava as desigualdades sociais conduziu, no início dos anos 2010, a uma tendência de reflexão sobre o papel que o poder público deve ter diante dos desafios postos no século XXI.

De fato, é necessário assumir que a onda globalizadora, em que pese ter

empurrado o mundo para o desenvolvimento, concentrou mais a riqueza e agravou o desequilíbrio entre ricos e pobres, e entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Mesmo autores com otimismo exacerbado com o mundo atual, como Steven Pinker - no livro *O Novo Iluminismo: em Defesa da Razão, da Ciência e do Humanismo* -, admitem a necessidade de providências para a correção desse rumo, sem que se abandonem as vantagens da economia de mercado, do progresso tecnológico e do comércio integrado (2019, p. 128).

Assim, o foco do debate desloca-se de uma visão binária de que existam apenas duas alternativas, estatizar ou privatizar as relações, para se buscarem soluções intermediárias de manter maior ou menor intervenção estatal na área econômica e social, sem que haja desestruturação do Estado de Bem-Estar.

A tendência atual é a de que, sem descuidar da preocupação com o equilíbrio financeiro e com a sustentabilidade orçamentária, se encontrem caminhos para que as políticas públicas sejam adotadas de forma a trazer justiça social aos que mais precisam, a fim de garantir igualdade de oportunidades na sociedade, com correção de vícios de favorecimento estamental de uma burocracia patrimonialista.

Ao invés de se propor o desmonte do *Welfare State*, a ideia agora é a de redefinir para tornar mais saudável a relação entre o Estado e a sociedade, estabelecendo prioridades claras de atuação, a fim de que investimentos sociais consigam chegar efetivamente a beneficiários definidos democraticamente, no que está sendo denominado de “neo welfarismo” ou “new welfarismo” (Ferrera, 2019a).

Nos últimos quinze anos, afastadas as propostas de destruição do modelo do Estado Social pelas ideias do libertarianismo globalizante, há reconhecimento da importância de o poder público manter algum grau de intervenção na ordem econômica e social, abrindo-se caminho para uma arquitetura de ajustes, de recalibragem (Kerstenetzky, 2019, p. 131).

A chave está em uma conformação do princípio da solidariedade gerenciada pelo Estado que reduza suas demandas secundárias para dar prioridade ao objetivo primário de construir uma sociedade produtiva e menos desigual.

O novo século traz desafios que, se já existiam antes, não eram objeto de consciência coletiva, como o da necessidade de respeito ao equilíbrio ambiental, além de novos, como a adaptação a novas relações de trabalho, ao dinamismo

decorrente do uso da tecnologia disruptiva de inteligência artificial e ao novo padrão de constante necessidade de atualização educacional das pessoas.

Assim, o Estado Providência precisa definir, no reenquadramento do princípio da solidariedade, prioridades claras para reduzir a desigualdade social e garantir a liberdade e a igualdade de oportunidades, mantendo o padrão de relações democráticas e a busca pela prosperidade e pelo desenvolvimento.

Sem dúvida, a onda liberalizante dos anos 1990 causou maior impacto em países em desenvolvimento e subdesenvolvidos da América Latina e da Europa oriental em decorrência de terem suas economias menos aptas a resistirem ao impacto da globalização, maior exposição ao endividamento, menor pujança industrial e relevantes problemas sociais de pobreza e de desigualdade (Organização Internacional do Trabalho, 2018, p. 1).

A adoção de ações liberalizantes desestruturou o pouco que havia de Estado de Bem-Estar Social em vários países em desenvolvimento, agravou a pobreza e o delicado equilíbrio financeiro e econômico dos sistemas protetivos da população. As consequências podem ser vistas até hoje nas dificuldades econômicas apresentadas, por exemplo, pela Argentina e pelo Chile.

Outros países, como o Brasil, a Colômbia e o México, não levaram a cabo reformas estruturantes, em que pese terem realizado modificações paramétricas em seus sistemas de proteção social. Esses países enfrentaram melhor a crise econômica da virada do século e conseguiram, na medida do possível, apresentar índices razoáveis de crescimento nas duas primeiras décadas do século XXI.

São dessa época, no Brasil, a aprovação das Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003 e nº 47/2005. Ao mesmo tempo, o país consolidou o Sistema Único de Saúde e implantou programas de redistribuição de renda e de assistência social aos mais pobres como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada para idosos e pessoas com deficiência.

O quadro latino-americano apresentado, portanto, como consequência à investida ultraliberal dos anos 1990, não foi uniforme e a vantagem de desenvolvimento pendeu a favor daqueles que não realizaram alterações radicais em seus sistemas de proteção social, como foram recomendadas pelas instituições bancárias internacionais.

Saíram-se melhor os países que assumiram compromisso de manter as linhas gerais de programas na área de seguridade social, ao mesmo tempo em que acolheram sugestões de implementação de programas de redistribuição de renda condicionados ou incondicionados (Organização Internacional do Trabalho, 2018, p. 1).

De qualquer forma, respeitadas as devidas diferenças, a análise do comportamento dos Estados Providência imperfeitos da América Latina e do leste da Europa evidencia que também não se pode afirmar pelo fim ou declínio do modelo.

Pelo contrário, a postura de maior sucesso para o desenvolvimento foi a de reorientar políticas públicas e readaptá-las a novas necessidades, sem modificação essencial do sistema, exceto em algumas nações que optaram pela adesão às recomendações das medidas ultraliberais e que ficaram expostas a consequências piores.

Com isso, a avaliação atual é a do reconhecimento da necessidade de se reforçar, responsavelmente e com objetivos claros, políticas sociais que visem à redução da pobreza e à inclusão social (Merrien, 2018, p. 134).

Ao que tudo indica, e a despeito das previsões feitas na década de 1990, o Estado Social de Direito não morreu também na América Latina.

A afirmação, contudo, não deve esconder as grandes dificuldades a serem enfrentadas nesses países, com economia instável e pouco industrializada, com atividades baseadas no fornecimento de *commodities*, grande desigualdade social, alto nível de pobreza e de desemprego, ainda patinando em medidas que indiquem a atenção devida à mulher e a crianças e jovens e com uma burocracia ineficiente e cooptada pelo poder político.

O século XXI assiste, em vários países da região americana, ao esforço pela adaptação de seus programas de proteção social, sem que se possa afirmar que a abordagem tenha perdido legitimidade.

A remodelagem do Estado Social nos países periféricos deve passar pelo estabelecimento de novas prioridades, como a extinção da miséria infantil, a eficiência na educação fundamental e no ensino médio e a valorização da mulher. No que se refere ao trabalho, deve favorecer a integração nas novas atividades e a capacitação para as oportunidades ao longo da vida em uma cultura disruptiva.

O novo Estado Social de Direito na região precisa estar mais compromissado com o investimento social, ao lado da proteção dos riscos sociais tradicionais (Esping-Andersen e Palier, 2008). Além disso, deve avaliar qual o papel de sua contribuição na capacitação da população para a nova realidade do trabalho e da relação do homem com a inteligência artificial.²⁶

É natural que o Estado Providência passe por transformações, pois o mundo nos anos 2020 já é diferente daquele dos anos 1980 e 1990.

Em que pese a importância dos temas de eficiência, responsabilidade fiscal e respeito às leis do mercado, é cada vez mais urgente na América Latina a luta contra a pobreza (especialmente a pobreza infantil) e a inclusão social, mediante a adoção de políticas democráticas que introduzam uma visão menos monetarista e mais de escolhas públicas prioritárias.

Existem muitas questões a serem decididas nessa nova orientação do *Welfare State* nos países mais pobres. É necessário encontrar o correto equilíbrio do espaço público e do privado na execução de políticas públicas, a transparência nas escolhas entre o que deve ser universal e o que deve ser seletivo, com a adoção de prioridades legítimas, bem como estabelecer um equilíbrio entre o papel da previdência e dos benefícios assistenciais de distribuição de renda.

Portanto, é tempo de construir os parâmetros e prioridades do neo welfarismo latino-americano.

5 CONCLUSÃO

Como visto, a partir dos anos 2010, houve enfraquecimento da abordagem liberalistarianista, ao mesmo tempo em que o Estado Social de Direito, sobrevivente, é desafiado a enfrentar novas questões, a escolher prioridades e a definir abordagens adequadas a um mundo em constante transformação, no que passou a ser denominado de neo welfarismo ou new welfarismo (Ferrera, 2019a, p. 188) ou Estado Social de Investimento (Morel, Palier e Palme, 2011).

²⁶ Como afirma Yuval Harari (2018, p. 61/62): “Para lidar com as rupturas tecnológicas e econômicas inéditas do século XXI, precisamos desenvolver novos modelos sociais e econômicos o quanto antes. Esses modelos deveriam ser orientados pelo princípio de que é melhor proteger humanos e não os empregos. Muitos empregos são uma faina pouco recompensadora, que não vale a pena salvar. Ser caixa não é um sonho de vida de ninguém. Deveríamos nos focar em prover as necessidades básicas das pessoas e em proteger seu status social e sua autoestima”.

Esses desafios incluem a revolução tecnológica e de comunicação, com a inserção da inteligência artificial como fator a ser considerado no mercado de trabalho da “economia do conhecimento”, a proeminência do setor de serviços sobre o industrial na economia, a deterioração das relações formais de emprego e o estabelecimento considerável de relações precárias de prestação de serviços.

Paralelamente, as novas atividades tendem a exigir do trabalhador qualificação contínua e a frequência de períodos “fora de mercado”, do que pode resultar agravamento da desigualdade entre os mais e os menos qualificados.

Da mesma forma, o perfil familiar se altera nitidamente, com diversidade de arranjos. O pretendido aumento de participação das mulheres no mercado de trabalho gera consequências importantes como a diminuição da taxa de natalidade e a necessidade de medidas adequadas ao maior compartilhamento de tarefas domiciliares sem prejuízo das atividades laborais externas.

Além disso, novas formas de encarar antigas questões são colocadas em pauta. Por exemplo, após a crise sanitária da COVID-19, a vulnerabilidade de idosos e de deficientes, que sempre foi encarada a partir da visão da cobertura do risco e da proteção de assistência, pode assumir outros contornos, como o de servir de motor para o desenvolvimento de um segmento da economia dedicado a cuidados - “care” - (Kerstenetzky, 2012) e a relações de compra e venda de produtos específicos, como fonte de riqueza (De Hennezel, Calvat e Chatel, 2020).

Nos últimos anos, a implantação de programas sociais na região conseguiu em geral realizar inclusão social e reduzir a pobreza, mas com sistemas de proteção ainda assistemáticos que têm dificuldade de avançar (Fleury, 2017, p. 6).

A necessidade atual da América Latina na readequação do Estado Social é a da luta contra a pobreza e a promoção da inclusão, sem perder de vista a necessidade de manter e robustecer sua classe média, em uma redução de desigualdade “para cima”.

De qualquer forma, não existem soluções mágicas para os problemas colocados.

O empenho precisa ser o de, através de medidas que garantam a oportunidade aos menos favorecidos, dar-lhes condições de buscar aquilo que consideram melhor para si a partir de seu esforço, a fim de que encontrem autossuficiência econômica.

Os investimentos sociais do século XXI devem ser direcionados para que a pessoa possa ter condições de, com educação e saúde, preparar-se para o desafio de aperfeiçoamento contínuo que passa a ser a nova exigência do mercado de trabalho disruptivo.

O foco cambia da cobertura de risco para o de fornecimento de serviços de capacitação e de cuidado. Sob o aspecto financeiro, os gastos devem ser feitos com a visão de investimento no desenvolvimento econômico e social dos países. A melhoria no padrão educacional das sociedades dos países da América Latina potencializará sua população para a capacitação contínua que os novos padrões de relação de trabalho estabelecem e contribuirá para o desenvolvimento econômico sustentável e para o aumento de produtividade, melhorando a própria condição fiscal de investimento em políticas de redistribuição de renda.

Descortinam-se então algumas tendências importantes para países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento da América Latina, fundadas na igualdade de oportunidades e na solidariedade: (i) manutenção de sistemas previdenciários básicos públicos que façam cobertura limitada, com caráter abrangente na população e baseados na combinação de comutatividade e de redistributividade em favor dos filiados mais pobres; (ii) elaboração de planos assistenciais de redistribuição de renda para a camada mais necessitada da população, com direcionamento para idosos e pessoas com deficiência; (iii) implantação de sistema de saúde básico universal, mesmo que haja complementação mediante planos privados; (iv) estabelecimento de programa de educação infantil e de jovens que apresente efetividade de resultados; e (v) escolhas de políticas de inserção social preocupadas com a redução da desigualdade de gênero, com foco também em serviços.

Durante a década de 1990, quando a visão monetarista de mundo estava a todo vapor, as principais propostas de reforma dos sistemas de proteção social passavam, com pequenas variações, pela desconfiança em relação aos regimes públicos de previdência baseados em repartição simples, tidos como disfuncionais e que deveriam ser substituídos por modelos privatizados. A função do poder público, sob este enfoque, deveria ser apenas a de proteção contra a miséria (The World Bank, 1991 e 1994).

A consequência, como anteriormente posto, para os países que adotaram essas propostas, foi a desestruturação e empobrecimento da classe média. Se o

objetivo dessas políticas era a redução da pobreza, de alguma forma o efeito foi obtido, com o achatamento geral do padrão de vida da população – a redução da desigualdade foi “para baixo”.

Por outro lado, não se desconsidera que em países da América Latina haja necessidade de ajustes nos sistemas previdenciários, a fim de que a universalização plena não conduza à confusão com a função da assistência social. O objetivo de abrangência (leia-se, universalidade entre os diversos tipos de trabalhadores) não deve ser confundido com o abandono da natureza contributiva da previdência.

Além disso, a proteção exige uma recalibragem das previsões de proteção previdenciária para depurar a solidariedade invertida, isto é, aquela que retira renda dos mais pobres do sistema para favorecer a manutenção de benefício para os mais ricos. A função redistributiva da previdência deve ser operada em favor dos mais pobres, nunca dos mais ricos.

A garantia da liberdade real e da igualdade de chances implica, por parte do neo welfarismo na América Latina, a preocupação com medidas assistenciais redistributivas de renda para a retirar parte da população da miséria, com especial atenção (i) à manutenção de uma renda mínima temporária e ações de capacitação laboral de pessoas com condições de trabalho que estejam atentas ao dinamismo das modificações trazidas pelas novas formas de prestação de serviço e da atuação da inteligência artificial; (ii) a programas permanentes de proteção de idosos e pessoas sem condições físicas ou mentais para o exercício de atividades de trabalho; e (iii) o auxílio a famílias com crianças cuja baixa renda ameaça o desenvolvimento na infância.

Os maiores problemas de países em desenvolvimento latino-americanos relacionam-se à alimentação, à saúde e à educação, desafios que precisam ser enfrentados com visão global de ações integradas nessas áreas. Da universalização de sistemas de saúde não pode resultar o abandono do estabelecimento de prioridades, como o acesso à água limpa e à rede de esgotos, à vacinação e à proteção contra doenças que atinjam elevadas parcelas de população. Não faz sentido estabelecer normativamente um sistema público dito universal que não resolva o problema básico de água e esgoto da população. O mesmo se diga na educação precária, que não consegue efetivar melhorias na qualidade de ensino fundamental e na profissionalização do ensino médio, segundo parâmetros internacionais.

Educação infantil e de jovens universal de qualidade e serviços de saúde com foco em proteção global básica são fatores que retiram a médio prazo boa parte da população da miséria pelas próprias forças, desonerando, no futuro, o sistema de assistência social.

Como afirma Amartya Sen (2009, p. 113):

Não ocorre apenas que, digamos, melhor educação básica e serviços de saúde elevem diretamente a qualidade de vida; esses dois fatores também aumentam o potencial de a pessoa auferir renda e assim livrar-se da pobreza medida pela renda. Quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria.

A visão, na área de saúde e de educação, deve ter caráter dinâmico, compreendendo o ciclo de vida integral: o objetivo da proteção não é o “agora”. Além disso, nessas áreas, a universalidade de acesso não prescinde da importância de escolhas de prioridade em favor dos menos favorecidos.

Por fim, novos desafios sociais têm deslocado o centro da agenda para a questão dos cuidados (“care”) e para a prioridade de educação sustentável com as crianças.

Em relação às mulheres, o neo welfarismo deve se preocupar com ações que favoreçam a conciliação do trabalho com a família, ao mesmo tempo em que reduzam a desigualdade das condições laborais femininas.

A implementação adequada de creches e de cuidados com as crianças, por exemplo, facilita a inserção das mulheres no mercado de trabalho e possibilita a manutenção de taxas de natalidade. A previdência social também pode ser utilizada para auxiliar medidas de inclusão feminina no trabalho, através de parâmetros de concessão de benefícios. Por exemplo, a licença parental (com cobertura previdenciária) em caso de adoção e a licença parental aditiva no caso de parto (respeitado um período mínimo de licença da mulher) pode reduzir a indevida seleção de gênero velada realizada na prática pelas empresas em desfavor da mulher na admissão no trabalho formal.

Da mesma forma, serviços de cuidado com idosos desoneram as mulheres desse encargo familiar que geralmente assumem nas famílias, atendendo à

redução da desigualdade de gênero e a critérios de justiça, além de poder contribuir para o aumento de produtividade e do desenvolvimento econômico (Kerstenetzki, 2019, p. 293-297).

Uma outra prioridade do neo welfarismo na América Latina deve ser a do combate à pobreza entre crianças e adolescentes. A pobreza, mais gravemente do que ocorre quando atinge pessoas adultas, na infância implica graves consequências para o futuro, pois a deficiência alimentar pode trazer consequências neurológicas permanentes ao desenvolvimento físico e mental e à capacidade de aprendizagem e levar à maior probabilidade de evasão escolar, a problemas de toxicodependência, à exposição à criminalidade, o que diminui consideravelmente as chances de mobilidade social e de redução de desigualdade futura.

Por isso, a atenção especial no combate à pobreza infantil deve ser uma das prioridades da nova conformação do Estado Social. Como afirma Maurizio Ferrera (2019b, p. 100), a educação é crucial, não apenas como questão de capital humano, mas também de capital social e político, pois a boa instrução do cidadão médio facilita a transição para a economia baseada no conhecimento (*knowledge-based economy*) e também promove coesão social e cidadania.

6. REFERÊNCIAS

- ARRETCHÉ, Marta T. S. "Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas". In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília: UnB, 1981.
- BISCARETI DI RUFIA, Paolo. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BREARLEY, Emily J. **A History of Social Protection in Latin America: from Conquest to Conditional Cash Transfers**, 2016 Disponível em: <<https://journals.openedition.org/interventionseconomiques/2926>>. Acesso em: 14.09.2023.
- CONFERENCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDADE SOCIAL. **Primera Conferência, Santiago de Chile**, 1942. Disponível em: <<https://ciss-bienestar.org/2022/06/10/resolucion-ciss-numero-1/>>. Acesso em 03.08.2023.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1997.
- CASTEL, Robert. **As Metamorfoses da Questão Social - uma Crônica do Salário**. Petrópolis: Vozes, 2015.
- CASTLES, Francis G. "O Futuro do Estado de Bem-estar Social: Mitos de Crise e Realidade de Crise". In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COZENDEY, Carlos Márcio B. **Instituições de Bretton Woods**, Brasília: FUNAG, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. "A Atualidade do Estado de Bem-Estar Social". In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018.
- _____. "O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no Capitalismo Contemporâneo". In DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **Welfare State: os Grandes Desafios do estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.
- DE HENNEZEL Édouard, CALVAT Thierry, CHATEL Tanguy. "Les Personnes Âgées, Ambassadeurs de nos Vulnérabilités et Gisement de Progrès", *Regards*, 2020/1 (Nº 57), p. 53-63. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-regards-2020-1-page-53.htm>>. Acesso em 26.08.2023.
- DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Seuil, 2016.
- ESPING-ANDERSEN, G. **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. New Jersey: Princeton, 1990.
- ESPING-ANDERSEN, G; PALIER, B. **Trois Leçons sur l'État Providence**. Paris: Le Seuil, 2008.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E DA IRLANDA DO NORTE. Carta do Atlântico, 1941. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_atlantico_1941.htm>. Acesso em: 03.08.2023.
- FAVOREU, Louis *et al.* **Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2005.
- FERRERA, Maurizio. "Neowelfarismo Liberal: Novas Perspectivas para o Estado Social na Europa". In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019a.
- _____. Do Estado de Bem-Estar Social ao Estado de Investimento Social. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019b.
- FLEURY, Sonia. "The Welfare State in Latin America: Reform, Innovation and Fatigue **Cadernos de Saúde Pública** 2017; 33. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/F8b5x8QFyMh8zP7DhZ3McBB/?format=pdf&lang=en>>. Acesso em 14.08.2023.

- GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. "Política Fiscal Anticíclica, Crise Financeira Internacional e Crescimento Econômico no Brasil". **Revista de Economia Política**, 2011, vol. 31, nº 5 (125), pp. 794-812.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- _____. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: LGDJ, 2015.
- GREENSPAN, Alan; WOOLDRIDGE, Adrian. **Capitalismo na América – uma História**. Rio de Janeiro: Record, 2020.
- HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Avis Rara, 2023.
- HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Madrid: Comares, 2004.
- JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Madrid: Comares, 2000.
- KERSTENETZKY, Celia Lessa. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão- a Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- _____. "Sobre a 'Crise' do Estado de Bem-Estar: Retração, Transformação Fáustica ou o quê?". In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **Welfare State: Os Grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. São Paulo: Realizações Editora, 2014.
- MERRIEN, François-Xavier. "États Providence en Devenir, Devenir des États Providence". *Vie sociale*, 2015/2 (nº 10), p. 203-215. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2015-2-page-203.htm>. Acesso em 16.10.2023.
- _____. "O Novo Regime Econômico Internacional e o Futuro dos Estados de Bem-estar Social". In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2018.
- MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Petrópolis: Vozes, 2019.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOREL, N; PALIER, B; PALME, J. Towards a social investment welfare state?, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/258646263_Towards_a_Social_Investment_Welfare_State_Ideas_Policies_and_Challenges. Acesso em 24.08.2023.
- NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro, Zahar, 1991.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Internacional dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01.10.2023.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da Filadélfia, 1944. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 03.08.2023.
- _____. Reversão da Privatização de Sistema de Pensões: Questões Chave, 2018a. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_708851.pdf>. Acesso em 12.08.2013.
- PACTET, Pierre. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. Paris: Masson, 1993.
- PINKER, Steven. **O Novo Iluminismo: em Defesa da Razão, da Ciência e do Humanismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- REHNQUIST, William H. **The Supreme Court: How it was, How it is**, New York: William Morrow & Company. 1987.
- ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-Providência**, Brasília: UnB, 1997.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. **A Nova Questão Social – Repensando o Estado Providência**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SUSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever**. New York: Basic Books, 2006.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de Emergência: o Controle do Poder em Situação de Crise**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- THE WORLD BANK. **Assistance Strategies to Reduce Poverty**. Washington, 1991. Disponível em: < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/803091468138284920/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 11.08.2023.
- _____. **Averting the Old Age Crisis. Policies to Protect the Old and Promote the Growth**, 1994. Disponível em: < <https://documents1.worldbank.org/curated/en/973571468174557899/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 11.08.2023.
- WILENSKI, Harold L. **The Welfare State and Equality. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures**. Berkeley: University of California, 1975.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**: Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

ASPECTOS JURÍDICOS DO MERCADO DE INFLUÊNCIA: CONTRATOS, MARCAS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Maria Eduarda Bandeira Vecchiati da Silva¹

Resumo: O artigo analisa os principais aspectos jurídicos do mercado de influência digital, com ênfase nos contratos, nos direitos da personalidade e no uso de marcas. A partir de casos práticos e fundamentos legais, destaca-se a importância da segurança jurídica nas relações entre influenciadores, agências e marcas.

Palavras-chave: Influência digital; contratos; imagem; marca; direitos da personalidade.

Abstract: The article analyzes key legal aspects of the digital influencer market, focusing on contracts, personality rights, and brand use. Drawing on legal doctrine and case studies, it highlights the importance of legal certainty in the relationships between influencers, agencies, and brands.

Keywords: Digital influence; contracts; image; trademark; personality rights.

INTRODUÇÃO

O mercado de influência digital tem se consolidado como uma força significativa na economia global. Segundo relatório do Goldman Sachs, estima-se que esse setor movimentará cerca de US\$ 500 bilhões até 2027, dobrando os números atuais. O Brasil destaca-se nesse cenário, ocupando a segunda posição

¹ Advogada no Souto Correa Advogados, pós-graduanda em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio e em Direito Intelectual pela Universidade de Lisboa. Líder no capítulo brasileiro do ChIPs e membro da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-RJ (57ª Subseção). Bacharel em Direito pela PUC-Rio. E-mail: dudab@me.com

mundial em número de influenciadores, com mais de 10 milhões de criadores de conteúdo com pelo menos mil seguidores no Instagram.²

Com isso, se torna ainda maior a necessidade de relações contratuais bem estabelecidas entre influenciadores, marcas e agências. Contratos de agenciamento, prestação de serviços e parcerias comerciais tornaram-se instrumentos essenciais para formalizar essas relações, delineando direitos e obrigações das partes envolvidas.

Além disso, influenciadores não apenas promovem produtos de terceiros, mas também desenvolvem e comercializam suas próprias marcas, transformando suas identidades em ativos econômicos. Nesse contexto, os contratos de licença de marca são fundamentais para a regulamentação do uso de marcas e podem proteger tanto os interesses dos influenciadores quanto os das empresas envolvidas.

Os direitos da personalidade também assumem papel central nas atividades do mercado de influência, afinal, são eles que garantem a proteção de nome e imagem dos influenciadores.³ A exploração comercial desses atributos deve ser cuidadosamente regulamentada nos contratos, garantindo que qualquer utilização ocorra mediante autorização expressa e, quando aplicável, com a devida remuneração. A ausência de cláusulas claras pode resultar em litígios envolvendo violações de imagem e danos à reputação.

Diante desse panorama, este artigo propõe uma análise jurídica das principais questões envolvendo contratos, licenciamento de marcas e direitos da personalidade no mercado de influência digital, com o objetivo de contribuir para a construção de um ambiente mais seguro e juridicamente estruturado para todos os agentes envolvidos.

² GONSALVES, Wesley; VALIM, Carlos Eduardo. Mercado de influência deve movimentar US\$ 500 bi até 2027; Brasil é 2º em número de influenciadores. *Estadão*, São Paulo, 17 maio 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/midia-mkt/mercado-influencia-movimenta-us-500-bi-2027-brasil-numero-influenciadores/>. Acesso em: 28 maio 2025.

³ “a codificação limitou-se a tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade”. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 15.

1. RELAÇÕES CONTRATUAIS NO MERCADO DE INFLUÊNCIA

Diante do crescente impacto do segmento, o mercado atravessou uma fase de ajuste, culminando no surgimento de diversas agências de relações públicas e publicidade que concentram seus esforços no mercado de influência. Assim, além das partes contratante e contratada, surgem as intermediárias.

Por conseguinte, os contratos no mercado de influência suscitam preocupações específicas, que podem ser compreendidas em uma análise das fases contratuais. A fase pré-contratual é de suma importância, sendo capaz, inclusive, de atribuir vínculo ou responsabilidade. A responsabilidade civil atribuída na fase formativa do contrato é constantemente relacionada ao princípio da boa-fé, despertando o interesse na confiança.⁴ Na prática, a importância dessa fase deve-se à relevância da negociação e do debate na formação de contratos e cláusulas viáveis e promissoras a ambas as partes.

A negociação no mercado de influência é muitas vezes chamada de "*briefing*", quando são tomadas decisões acerca dos detalhes que constituirão o cerne do contrato, ocorrendo um constante fluxo de informações relacionadas à campanha publicitária. A sinergia entre o influenciador, os criativos da agência e o contratante, por vezes munido de suas próprias concepções para a campanha, resulta na criação efetiva da estratégia. O iter contratual, portanto, se consuma de forma ideal quando as partes do contrato estão alinhadas após o "*briefing*".⁵

Com o aceite da proposta pelo influenciador e a negociação do orçamento, o "*briefing*" final é enviado contendo detalhes importantes acerca da entrega ou postagem. Com isso, a minuta do contrato é preparada em conformidade com o debate e negociação que ocorreram. Todas as decisões feitas na etapa de negociação são formalizadas para que o conteúdo entregue pelo influenciador esteja em conformidade com o esperado pela empresa anunciada.

⁴ STEINER, Renata Carlos. *Interesse Positivo e Negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro*. 2016. 362 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata_Carlos_Steiner_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 05 mar. 2024.

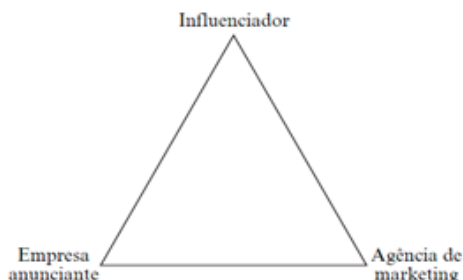
⁵ MOSSE, Cassio Nogueira Garcia. *Os contratos e as relações com os criadores de conteúdo digital: uma necessidade em constante evolução*. In: MOSSE, Cassio Nogueira Garcia. *Social Media Law: O Direito nas Redes Sociais*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. cap. 1, p. 17-38.

1.1 Contratos de Prestação de Serviços

O contrato formado após o chamado “*briefing*” consiste em um contrato de prestação de serviços de criação de conteúdo e divulgação comercial em redes sociais. Contemplados pelo Capítulo VII do Código Civil, destaca-se por sua objetividade, solidez e detalhamento. Cabe ressaltar que contratos mais extensos tendem a propiciar uma maior familiaridade entre cliente e influenciador, facilitando o diálogo e eventuais modificações nas cláusulas preestabelecidas. A minuciosidade na conservação e detalhamento de todas as etapas anteriores é essencial para a eficácia deste contrato.

Uma particularidade de tais contratos é que costumam envolver vários sujeitos⁶, incluindo o influenciador, representado, por vezes, por seu empresário, a empresa anunciante e a agência de marketing, sendo esta última a contratante, na maioria dos casos.

Figura 1 – Relação entre influenciadores, empresas anunciantes e agências de marketing



Assim, muitos influenciadores constituem sociedades empresárias para emitir notas fiscais e regularizar seus serviços. As empresas de marketing e agências de publicidade atuam como contratantes, representando os anunciantes. A pessoa jurídica do influenciador é contratada, detendo direitos exclusivos para representá-lo. A pessoa física do influenciador, o anuente, consente no uso de imagem e nome, assinando o contrato duas vezes como pessoa física e jurídica.

⁶ Segundo Maria Helena Diniz, nos contratos, a manifestação da vontade pode ser unilateral, bilateral ou plurilateral. A unilateral tem o ato volitivo, mesmo que provindo de mais de um sujeito, unidirecional, com um fim em comum. Já as bilaterais ou plurilaterais, apresentam sujeitos que buscam fins distintos. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Volume 3 – *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

O contrato também pode incluir empresários, assessores ou agentes, que atuam como intermediários e recebem comissões, detalhadas na cláusula de pagamento. A empresa de agenciamento também pode representar o influenciador e a empresa na negociação dos termos contratuais.

Existem casos concretos que evidenciam ainda mais a importância da celebração de contratos, como no caso envolvendo a cantora Karol Conká e a plataforma Shopee. Na ação proposta em 2021⁷, Bianca Santos, comerciante de acessórios, alega que a Shopee a contactou via WhatsApp para convidá-la a participar do “festival de ofertas”, que seria promovido pela artista Karol Conká.

Segundo a autora, a proposta afirmava que Karol Conká havia selecionado seus produtos para divulgação. Durante a comunicação, o representante da Shopee teria assegurado que o material divulgado incluiria links diretos para a página de vendas dos produtos, o que presumivelmente aumentaria as vendas da autora. Para participar da campanha, a Shopee não requereu qualquer pagamento pecuniário, mas solicitou que a autora (i) produzisse peças adicionais para manter em estoque e atender à demanda, (ii) oferecesse descontos nos produtos divulgados e (iii) enviasse peças gratuitas para que a cantora pudesse divulgá-las em seu perfil no Instagram, o qual contava com mais de um milhão de seguidores.

A ação foi motivada pelo fato de que o nome da página de vendas de Bianca não foi mencionado durante a campanha, e a publicação no Instagram da cantora não incluiu um link direto para a compra dos produtos. Além disso, em um vídeo clipe da cantora, ela usou um acessório da Bianca sem mencionar sua origem, ao contrário dos outros produtos usados.

O TJSP decidiu que a proposta feita à autora era para a divulgação do “festival de ofertas” da Shopee e não para a página de vendas específica de seus produtos, julgando a pretensão da autora improcedente. Na decisão, também foi destacado que os acessórios foram enviados como bonificação, não em forma de empréstimo, permitindo que ela os utilizasse sem mencionar a origem.

⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (32ª Câmara De Direito Privado). Apelação Cível nº 1000596-02.2021.8.26.0011. Apelante: Bianca Grismino Santos. Apelada: Shps Tecnologia e Serviços Ltda.. Relator: Desembargador Kioitsi Chicuta. São Paulo, SP, 21 de setembro de 2021.

1.2 Contratos de Agenciamento

Os contratos de agenciamento, ou representação, são fundamentais nas parcerias entre influenciadores digitais e agências. Segundo o artigo 710 do Código Civil⁸, uma parte, sem vínculos de dependência, compromete-se a promover negócios em determinada área, em nome de outra, mediante retribuição. Esta relação se estabelece com o agente atuando como intermediário entre o influenciador e possíveis contratantes, buscando oportunidades e negociando em nome do primeiro. O parágrafo único do mesmo artigo permite que o proponente conceda poderes ao agente para representá-lo na conclusão dos contratos. Assim, o influenciador pode autorizar a agência a celebrar contratos em seu nome, desde que previsto no contrato de agenciamento.

Esses contratos, sendo empresariais, requerem a presença de mais de uma sociedade empresária, sem envolvimento do consumidor final. Eles são dignos de tutela, com base nas regras e princípios do direito mercantil.⁹ Assim, os contratos de agenciamento regularizam as relações entre influenciadores e agências, proporcionando segurança jurídica e estabelecendo claramente os direitos e deveres de cada parte, os limites de atuação da agência, percentuais de comissão, sigilo, exclusividade, entre outros aspectos da parceria.

A exclusividade, importante na fase pré-contratual, requer cláusulas detalhadas sobre seus pontos e setores. Segundo Ana Frazão e Levi Borges de Oliveira Veríssimo, a exclusividade pode envolver desde o período de distribuição de um conteúdo, até seu formato ou região geográfica.¹⁰ Comumente, contratos incluem abstenção de envolvimento com empresas de certo nicho. O advogado deve garantir que o anunciante vincule a imagem do influenciador à marca sem criar impedimentos desnecessários que prejudiquem o influenciador no futuro.

⁸ “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada; Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.” BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

⁹ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 333 p.

¹⁰ FRAZÃO, Ana; VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. *Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de streaming - panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 55-89, janeiro/abril 2022. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/28637/25834>. Acesso em: 4 mar. 2024.

Quanto ao prazo de exclusividade, este geralmente se prolonga além das entregas, podendo variar de um dia a vários anos. Tal estipulação impacta diretamente a remuneração do influenciador, considerando os contratos que ele deixará de firmar durante esse período.¹¹

A exclusividade, mesmo que não prevista contratualmente, pode acarretar multa em caso de violação do princípio da boa-fé, conforme decisão do TJSP em 2020.¹² O processo em questão tratou da rescisão unilateral de um contrato de prestação de serviços publicitários, envolvendo a influenciadora Camilla Santos e a Darco Distribuidora de Cosméticos Ltda. A controvérsia dizia respeito à aplicação de uma cláusula penal, prevista em 10% sobre o valor dos serviços, devida por Camilla em razão de alegado descumprimento contratual. Essa penalidade estava inserida no contexto das obrigações gerais do contrato, que curiosamente não incluía uma cláusula de exclusividade, aspecto relevante dado o desfecho do caso.

Camilla ajuizou demanda contra a empresa, sustentando que a rescisão do contrato foi arbitrária e que a sua exposição perante outras influenciadoras ocorreu de maneira inadequada e sem prévia notificação. Importante destacar que a influenciadora já realizava a divulgação de produtos de outras empresas, fato do conhecimento da Darco. As postagens que teriam motivado a resolução foram feitas durante um evento da Darco, enquanto Camilla divulgava produtos de outra marca, levando a um potencial conflito de interesses e confusão para o público.

Sobre resolução contratual, Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que se trata de uma forma de extinção ligada ao exercício do direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor. Pode ser prevista em cláusula expressa (resolução convencional) ou não (resolução legal), permitindo ao credor demandar judicialmente a resolução de qualquer contrato bilateral descumprido.¹³

¹¹ MOSSE, Cassio Nogueira Garcia. *Os contratos e as relações com os criadores de conteúdo digital: uma necessidade em constante evolução*. 3. Preocupações Contratuais e Cláusulas Específicas aplicadas ao mundo dos Criadores de Conteúdo Digital. In: MOSSE, Cassio Nogueira Garcia. *Social Media Law: O Direito nas Redes Sociais*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. cap. 1, p. 17-38.

¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (36ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 1015350-45.2016.8.26.0068*. Apelante: Camilla Santana Santos. Apelada: Darco Distribuidora de Cosméticos Ltda. Relator: Desembargador Jayme Queiroz Lopes. São Paulo, SP, 09 de julho de 2020.

¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 12.

O processo culminou na rescisão do vínculo contratual e na imposição da multa prevista na cláusula penal à Camilla. No entanto, a alegação de exposição indevida foi mitigada pelo fato de que o e-mail, considerado pelo juízo como meramente informativo e não lesivo, foi enviado de forma idêntica à Camilla e a outros influenciadores, descaracterizando, assim, a intenção de causar dano moral.

No mesmo sentido, uma decisão do TJDFT ressaltou que a responsabilidade de compensação por dano moral requer não apenas a contrariedade ao autor, mas um prejuízo evidente à sua honorabilidade¹⁴. Relacionando ao caso de Camilla, a uniformidade no envio do e-mail e a ausência de intenção lesiva indicam que não houve dano moral compensável.

Claudia Marques ressalta que o CDC estabelece uma presunção de culpa do fornecedor que veicula publicidade enganosa. Segundo Marques, a ilegalidade da publicidade enganosa já é suficiente para configurar ato ilícito do fornecedor, gerando a obrigação de provar a ocorrência de caso fortuito para se eximir de responsabilidade. Ela enfatiza que o CDC, especificamente nos artigos 37 e 38, não leva em consideração a intenção do anunciante, mas sim o ato da veiculação da mensagem publicitária enganosa.¹⁵

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO MERCADO DE INFLUÊNCIA

Os direitos da personalidade protegem atributos inerentes à identidade de um indivíduo. De acordo com Gustavo Tepedino, são os direitos referentes à tutela da pessoa humana, sendo imprescindíveis à sua integridade e dignidade.¹⁶ Inclusive, esses direitos são considerados uns dos mais importantes direitos fundamentais e subjetivos privados, tendo caráter dúplice.¹⁷

A distinção entre personalidade e direitos da personalidade feita por Caio

¹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal). Recurso Inominado Cível nº 0703970-49.2020.8.07.0016. Recorrente: João de Ataliba Nogueira Neto. Recorrido: Nelio Soares Machado. Relator: Juiz Arnaldo Soares Machado. Brasília, DF, 23 de julho de 2021.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antonio Herman V. Comentários Ao Código De Defesa Do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 537.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 598 p.

¹⁷ BORCAT, Juliana; ALVES, Aline. *Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade*. II Simpósio Regional Sobre Direitos Humanos e Fundamentais, UNIVEM - Marília/SP, 1 jan. 2013. Parte I - Direitos Fundamentais e Inclusão Social, p. 2-17. Disponível em: https://www.univem.edu.br/storage/arquivos_new/artigo01.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.

Mário da Silva Pereira destaca que a própria personalidade não constitui um direito. Os direitos da personalidade seriam decorrentes e irradiados da personalidade, sendo esta o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.¹⁸

No contexto dos influenciadores digitais, destacam-se alguns como o nome, imagem, voz, honra e intimidade. Esses direitos são protegidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil, sendo considerados inatos, imprescritíveis, inalienáveis e absolutos. Conforme o Enunciado nº 274 do CJF/STJ da IV Jornada de Direito Civil de 2006, os direitos da personalidade são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana.¹⁹

No texto constitucional, é assegurado o direito a indenização por dano moral ou à imagem.²⁰ No contexto do mercado de influência, é comum o uso da imagem, nome e voz dos influenciadores em campanhas publicitárias. Contudo, a fim de existir em conformidade com a legislação, é imprescindível que esse uso seja ético, respeitando os direitos desses indivíduos.

O Código Civil estabelece que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.²¹ Além disso, é garantido a todos o direito ao nome, sobrenome e, inclusive, ao prenome²², em regra, sendo proibido qualquer uso destes em publicações ou representações que exponham a titular ao desprezo público, mesmo sem intenção difamatória. Em complemento, é vedado o uso de nome alheio em propaganda comercial sem autorização.²³

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v.1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 237-241.

¹⁹ BRASIL, Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> Acesso em: 07 de fevereiro de 2024.

²⁰ “Art. 5º. (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²¹ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

²² “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.” BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

²³ “Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.” BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

O artigo 20 do Código Civil permite que a divulgação, exposição ou uso da imagem de uma pessoa sejam proibidos, sem prejuízo de indenização, se afetarem sua honra, boa fama ou forem para fins comerciais.²⁴ Por isso, contratos específicos são essenciais no mercado de influência para detalhar o uso da imagem, nome e voz dos influenciadores, estabelecendo termos e responsabilidades. Além disso, influenciadores e empresas devem estar cientes de seus direitos e das normas legais para garantir segurança jurídica e evitar problemas futuros.

Mesmo com autorização, o uso da imagem deve evitar constrangimentos. De acordo com o STJ, a violação dos direitos de personalidade dos influenciadores pode resultar em responsabilidade civil e compensação por danos morais.²⁵

3. A MARCA DO INFLUENCIADOR

3.1 Registro de Marca no Mercado de Influência

Com o crescimento do mercado de influência, influenciadores passaram a recorrer ao registro de marcas perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial ("INPI"). O registro pode proteger desde nomes próprios, até prenomes, nomes de blogs, dentre outros, mas não é possível registrar nome civil, assinatura, nome de família, pseudônimo, nome artístico ou apelido notoriamente conhecido como marca, exceto com consentimento do titular, seu herdeiro ou sucessor.²⁶

Com o registro, qualquer uso comercial da marca do influenciador exige autorização. Cabe mencionar que o conteúdo criado pelo influenciador também tem a necessidade de autorização do mesmo para reprodução por terceiros. Como titulares dos direitos autorais de suas criações, os influenciadores podem proteger suas obras contra exploração sem consentimento. Os direitos autorais são garantidos pelo artigo 5º, XXVII da CRFB/88²⁷ e pelo artigo 7 da Lei de Direitos

²⁴ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403.

²⁶ “Art. 124. (...) XV - nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores; XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;” BRASIL. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei da Propriedade Industrial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm.

²⁷ “Art. 5º (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução

Autorais (LDA)²⁸. Eles podem ser existenciais, referindo-se à ligação intrínseca entre o autor e sua obra, protegendo a integridade e a autoria da criação, ou patrimoniais, dizendo respeito à exploração econômica da obra.²⁹

Considerando uma *selfie* tirada por um influenciador, ele detém os direitos autorais sobre ela e o direito sobre sua própria imagem. Se ela for objeto de um contrato, é essencial prever cláusulas sobre o uso dos direitos patrimoniais e dos direitos de personalidade do influenciador, como o direito de uso de sua imagem.³⁰

A LDA traz as possibilidades de licença ou transmissão dos direitos de autor. Apesar disso, também impõe limitações à transferência desses direitos a terceiros, como a validade, em regra, apenas no país em que o contrato foi firmado e o prazo máximo de cinco anos, quando não houver disposição contratual em contrário.³¹

O “repost” é uma prática comum nas redes sociais. É importante ressaltar que o conteúdo criado por um influenciador e republicado, ou publicado, por uma empresa configura conteúdo publicitário. Uma publicação feita por um influenciador sobre uma marca não pode ser republicada pelo anunciante sem a autorização do influenciador. Até mesmo em “reposts”, existem fontes normativas a serem observadas para evitar conflitos e responsabilizações por concorrência desleal.

O conteúdo criado para uma campanha costuma ter seus direitos de uso

de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁸ “Art. 7. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)” BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm.

²⁹ Esta distinção é relevante para contextualizar os conceitos que costumam ser abordados no ramo dos direitos autorais. Apesar disso, ela não é objeto de análise deste trabalho.

³⁰ BAPTISTA LUZ ADVOGADOS. *Manual Jurídico: Influenciadores Digitais*. [S.l.], p. 22-23, 1 abr. 2019. Disponível em: <http://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2019/04/Manual-de-Influenciadores-Digitais.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2024.

³¹ “Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.” BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm.

cedidos à empresa contratante para uso futuro. Contudo, o influenciador pode seguir como detentor e apenas licenciá-lo, caso previsto em contrato. Nesse contexto, é necessário o destaque ao fato de que direitos existenciais são inalienáveis, sendo sempre do próprio criador, que tem a opção apenas de alienar os direitos patrimoniais.

Os direitos autorais sobre o conteúdo produzido pertencem ao criador, ou seja, ao influenciador, conforme a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98). A utilização desse conteúdo sem licença do criador só é permitida se o contrato previr a cessão patrimonial dos direitos. Afinal, o influenciador foi contratado para a divulgação de uma campanha relacionada àquele produto, sendo assim, não seria razoável entender que ocorreria uma cessão patrimonial automática dos direitos autorais da criação daquele influenciador. Por exemplo, se um influenciador cria um bordão³² durante uma campanha e ele passa a ser usado diretamente pelo produto, a empresa precisa da licença do influenciador para utilizá-lo em outras campanhas, caso não haja previsão de cessão patrimonial dos direitos no contrato.

Nas relações do mercado de influência, presume-se que o influenciador deve garantir que o conteúdo produzido e entregue ao contratante tenha todas as licenças ou cessões de direitos necessárias. Quando o contratante fornece roteiros e imagens para as publicações, a responsabilidade pela obtenção das licenças e cessões de direitos é dele. Uma forma de proteção utilizada por algumas empresas contratantes é proibir o uso não autorizado de suas marcas pelo influenciador, assim fica acordado entre as partes que todo e qualquer conteúdo produzido contendo a marca a ser divulgada deve passar pela etapa de aprovação pela empresa antes de ser circulado³³.

Sem o registro, o influenciador está vulnerável a situações em que terceiros utilizam sua marca comercialmente, comprometendo sua capacidade de lucro, reputação e credibilidade.³⁴ Um caso que explicita a importância de evitar tal

³² Expressão de publicidade é o nome jurídico (técnico) para a expressão popular bordão, quando exercido em contexto comercial. “Em princípio, a idéia publicitária, qual a idéia cinematográfica, não é protegível pelo Direito Autoral porque não é obra literária, artística ou científica. Também não se confunde com o *slogan*, que é expressão de propaganda.” DUVAL, Hermano. A publicidade e a lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 74.

³³ A fim de esclarecimento, merece destaque o fato de que um conteúdo desenvolvido pelo colaborador de uma empresa pode ou não pertencer a ela.

³⁴ CARLSTRÖM, Camila. *Porque todo digital influencer deve registrar sua marca pessoal no INPI*. 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350269/porque-todo-influencer-deve-registrar->

vulnerabilidade atualmente é o da influenciadora e campeã do reality show Big Brother Brasil 21, Juliette Freire. Antes mesmo dela se consagrar vencedora do reality e sair do confinamento, sua equipe registrou o nome “Juliette Freire” em diversas classes³⁵ junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Assim, foram evitados diversos possíveis problemas de uso indevido de marca e prejuízos, valorizando possíveis parcerias futuras.³⁶

Empresas buscam influenciadores para obter visibilidade e alcançar mais clientes. Frequentemente, empresas imitam conteúdos de influenciadores digitais para confundir consumidores. Camila Coutinho registrou seu nome e o blog “Garotas Estúpidas” no INPI, o que foi crucial para sua carreira. Reconhecida mundialmente, Camila tem milhões de seguidores e já trabalhou com empresas como Unilever e Coca-Cola. No entanto, uma marca de cosméticos começou a usar a expressão “Garota Estúpida” em seus produtos, com perfis nas redes sociais e embalagens semelhantes à imagem de Camila Coutinho.

Figuras 2 e 3 – Produtos “Garota Estúpida” e influenciadora Camila Coutinho



Fonte: Tudo Sobre Cosméticos³⁷

Fonte: Migalhas³⁸

sua-marca-pessoal-no-inpi. Acesso em: 28 mar. 2024.

³⁵ A saber, registros de números 922668779, 922670340, 922671001, 922671672, 922672091, 922673292, 922673780, 922674124, 922674477 e 922674990, nas classes 03, 09, 14, 16, 18, 21, 25, 28, 35 e 41, respectivamente.

³⁶ HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. *A Importância da Propriedade Intelectual para os Influenciadores Digitais*. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. *Influenciadores Digitais e seus Desafios Jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. cap. 4, p. 59-72.

³⁷ Disponível em: <https://tudosobrecosmeticos.com.br/garota-estupida/>. Acesso em: 28 mai. 2024.

³⁸ Redação Migalhas. *Camila Coutinho consegue retirar cosméticos “Garota Estúpida” do mercado*. 14 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276336/camila-coutinho-consegue-retirar-cosmeticos--garota-estupida--do-mercado>. Acesso em: 28 mai. 2024.

Assim, a influenciadora propôs uma ação de abstenção de uso de marca e de imagem, cumulada com compensação por danos morais e materiais, com pedido de tutela provisória de urgência, em face da empresa³⁹. A decisão concluiu que houve concorrência parasitária⁴⁰, visto que os produtos comercializados vinculavam a influenciadora aos produtos, que não eram produzidos ou aprovados por ela. Além disso, acerca do fator do nome da marca ser no singular (Garota Estúpida), enquanto o blog de Camila Coutinho é no plural (Garotas Estúpidas), foi entendido como um potencial prejuízo ao consumidor, devido a possibilidade de confusão, e concorrência desleal. A magistrada explicou, ainda, que o dano à influenciadora existia devido ao fato de que suas atividades comerciais eram de promoção e divulgação de outros cosméticos. Por fim, foi determinado que a marca deixasse de utilizar o nome “Garota Estúpida”, retirasse os perfis nas redes sociais e foi deferido o pedido de busca e apreensão dos produtos em circulação no mercado.⁴¹

Cabe mencionar, ainda, que o produto a ser divulgado no conteúdo produzido pelo influenciador se trata de uma marca, que não se confunde com a marca do influenciador. Assim, em regra, da mesma forma que a empresa contratante não possui direito à marca do influenciador contratado, o influenciador não possui direito à marca do produto em questão. Um ponto de suma importância a ser definido nos contratos do mercado de influência é se a marca do influenciador pode ou não ser vinculada ao produto em campanhas comerciais futuras.

³⁹ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco (15ª Vara Cível da Seção A). Procedimento Comum Cível nº 0008067-87.2018.8.17.2001. Autoras: Camila Coutinho Valença e Blog Garotas Estúpidas e Comércio de Vestuário Eireli. Réus: Daniela Azevedo de Sousa Fagundes Leite e Friele do Brasil Indústria e Comércio de Cosméticos LTDA-ME. Relator: Juíza Luzicleide Maria Muniz Vasconcelos. Recife, PE, 08 de março de 2018.

⁴⁰ A fim de esclarecimento, no entendimento de Pedro Marcos Nunes Barbosa, a concorrência interdita envolve restrições que podem surgir tanto de fontes legais (formais) quanto de acordos privados (materiais), caracterizando-se pela criação de direitos subjetivos. Essas interdições, em muitos casos, estão atreladas a condições específicas e a sujeitos particulares, implicando uma alta contratualidade e personalização. Assim, a concorrência interdita se configura menos pelo ato em si e mais pela relação entre as partes envolvidas, permitindo uma margem considerável para acordos contratuais que definem o que é ou não permitido entre os concorrentes. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. Cap. 34. p. 103-110.

⁴¹ Redação Migalhas. *Camila Coutinho consegue retirar cosméticos “Garota Estúpida” do mercado*. 14 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276336/camila-coutinho-consegue-retirar-cosmeticos--garota-estupida--do-mercado>. Acesso em: 28 mar. 2024.

3.2 Licenciamento de Marca

Com sua marca registrada, o titular pode optar por licenciá-la. O licenciamento se trata de uma autorização de uso comercial de uma marca atrelada ao recebimento de *royalties*⁴², quando aplicável, atrelados à propriedade industrial em questão. Além disso, o licenciamento de marca é regulado pela Lei de Propriedade Industrial (LPI), a Lei nº 9.279/96. Esses contratos, ainda podem conter cláusulas que versam sobre possíveis crises envolvendo o uso da imagem desse titular e, inclusive, dispor sobre direitos reflexos ao licenciamento, como o sigilo.

Antigamente, o licenciamento estava atrelado com produtos e serviços que usavam a marca de personagens infantis, estrelas de cinema, cantores, dentre outros. Com o passar do tempo, os influenciadores consolidaram sua importância, e garantiram o interesse das empresas em criar produtos e serviços com suas marcas, possuindo poderes de conversão⁴³ sem precedentes.

A capacidade dos influenciadores digitais de transferir sua influência e gerar lucros para as empresas anunciadas pode ser comparada a um investimento em aviamento. Aviamento, nesse contexto, refere-se ao valor agregado que os influenciadores trazem para as marcas através de seu alcance e reputação nas redes sociais. Portanto, por meio de suas plataformas, os influenciadores ampliam o valor da marca, agregando elementos de reconhecimento e lealdade de clientes, que são temporariamente capitalizados pelas empresas durante a campanha.

Sobre poder de conversão, cabe mencionar a representação nº 204/06 do CONAR, que tratou do uso do imperativo verbal em um comercial de TV. O questionamento era acerca do termo ser considerado comando de consumo ou sugestão e se configurava apelo imperativo de consumo. A frase utilizada foi “*Experimente o novo Polenguinho Super*”, e sua defesa argumentou que não se tratava de um comando, mas sim de um convite para que o produto fosse testado. A decisão arquivou a representação, com destaque ao fato de que o

⁴² “Art. 22. Serão classificados como “royalties” os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como: (Vide Decreto-Lei nº 1.642, de 1978) (Vide Decreto-Lei nº 2.287, de 1986) (...) c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio; d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.” BRASIL. Lei nº. 4.506, de 30 de novembro de 1964. Lei de Franquia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm#:~:text=L4506&text=LEI%20N%C2%BA%204.506%2C%20DE%2030%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201964.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20o%20imp%C3%B4sto%20que,e%20proventos%20de%20qualquer%20natureza.

⁴³ O termo “poder de conversão” alude à habilidade de um influenciador em incitar seus seguidores a realizar uma ação determinada, tal como a aquisição de um produto ou serviço.

modo verbal imperativo pode exprimir sugestão ou conselho, se tratando de instrumento do discurso interativo utilizado em publicidade.⁴⁴

Um influenciador pode licenciar sua imagem para uso em um produto ou serviço de uma empresa ou marca. O licenciamento pode, inclusive, ocorrer com mais de um contratante ao mesmo tempo, desde que não viole contratos já firmados. Assim, a imagem do influenciador, normalmente já consolidada perante o público, é atrelada a um produto ou serviço, impulsionando seu alcance e vendas. Nesses casos, o licenciador geralmente recebe um valor pré-determinado das vendas.

Hoje em dia, diversos produtos são desenvolvidos através do licenciamento feito por influenciadores. Um exemplo é Gessica Kayane⁴⁵, que licenciou sua marca para a “Dailus” lançar uma linha de esmaltes e a “Sapatinho de Luxo” lançar uma coleção de calçados.

O direito de imagem é um direito de personalidade com disponibilidade relativa. Apesar do titular poder licenciá-lo, ele não pode transferi-lo por inteiro. O enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil versa justamente sobre a impossibilidade de limitação permanente e (ou) geral dos direitos da personalidade.⁴⁶ Já o enunciado nº 139 do Conselho de Justiça Federal limita a disponibilização do direito de imagem ao uso conforme a boa-fé objetiva e aos “bons costumes” e destaca que eles podem sofrer limitações, ainda que não previstas em lei.⁴⁷

Segundo Carlos Bittar, a disponibilidade relativa cria a possibilidade de usufruir economicamente de sua imagem através de contratos. De acordo com ele, os contratos de licença devem indicar o direito objetivado, fim, prazo, condições, formas de exposição, remuneração e a possibilidade de renovação, visando evitar eventuais dúvidas.⁴⁸

⁴⁴ CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Representação n. 204/06. [2006]. Grupo Polenghi; Família Publicidade. Julgamento out. 2006. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 04 maio 2024.

⁴⁵ Influenciadora conhecida como “Gkay”, que possui mais de 20 milhões de seguidores no Instagram.

⁴⁶ BRASIL, Enunciado n. 4 da Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650> . Acesso em: 06 de fevereiro de 2024.

⁴⁷ BRASIL, Enunciado n. 139 da III Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2024.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 12.

Nesse sentido, Álvaro Barbosa pontua que existe a possibilidade de que alguém dê permissão para fixar sua imagem, mas não para difundi-la. Por exemplo, quando uma celebridade concorda em aparecer em uma foto de lembrança a um cidadão. Assim, a celebridade concorda em fixar sua imagem, o que não implica necessariamente em que ela queira que seja difundida comercialmente.⁴⁹

Ainda, é frequente a violação de imagem em programas de televisão – ou no ambiente virtual –, quando, a fim de aumentar suas audiências, tomam determinados gestos ou poses de celebridades e colocam em contextos diferentes. Nesses casos, não existe reparo contra tais usos, as imagens fixadas realmente ocorreram, apenas tiveram seus contextos distorcidos, o que fere a identidade circunstancial da imagem.⁵⁰ Nesse sentido, Antônio Chaves destaca que a tutela da imagem está relacionada com a proteção da intimidade, que, hoje em dia, vai além de fotos e filmes, chegando a perfis de redes sociais virtuais.⁵¹

O desenvolvimento tecnológico aumenta a necessidade da proteção da imagem do indivíduo como bem.⁵² O avanço tecnológico nos meios de comunicação possibilitou que a imagem ganhasse a dimensão que possui hoje.⁵³ Nesse sentido, o direito à privacidade constitui limite natural ao direito à informação. Apesar disso, não existe lesão a direito se houver consentimento, ainda que implícito.⁵⁴

No inciso V do artigo 5º da CRFB/88, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano à imagem⁵⁵ e, no inciso X, é positivado o direito à indenização pelo dano material ou compensação pelo

⁴⁹ BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 68.

⁵⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora, 1996. p. 86.

⁵¹ CHAVES, Antônio. *Direito à intimidade nas fotografias e nos filmes cinematográficos*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 113.

⁵² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora, 1996. p. 67.

⁵³ BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. p. 2.

⁵⁴ PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 43.

⁵⁵ “Art. 5º (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

dano moral em decorrência da violação do direito à imagem.⁵⁶ Apesar disso, segundo Luiz Alberto David Araujo, a imagem referenciada pelo inciso V se refere ao conjunto de características sociais de determinada pessoa, que a caracteriza socialmente: imagem-atributo.⁵⁷

No artigo 20 do Código Civil⁵⁸, é possível notar as situações em que são toleráveis a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, são elas a autorização dela ou a necessidade delas à administração da justiça ou manutenção da ordem pública. Em casos fora da previsão legal e que atingem a honra, boa fama ou respeitabilidade da pessoa, além dos que possuem fins comerciais, sob requerimento da pessoa, as situações acima descritas podem ser proibidas sem prejuízo da indenização que couber. Caso a pessoa em questão tenha falecido, o cônjuge, os ascendentes e os descendentes são consideradas partes legítimas para requerer tal proibição.

CONCLUSÃO

A análise dos contratos, direitos da personalidade e proteção de marcas revela que o mercado de influência digital, apesar de seu crescimento acelerado, ainda está em processo de formalização e profissionalização jurídica. Nos contratos de prestação de serviços e de agenciamento, a adequação das cláusulas relativas ao objeto, ao prazo, à remuneração e à exclusividade revela-se essencial não apenas para garantir o cumprimento das obrigações, mas também para prevenir litígios decorrentes da interpretação ambígua de direitos e deveres das partes. As cláusulas específicas para cada campanha e a conformidade com as últimas orientações do STJ e do CONAR são essenciais.

⁵⁶ “Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁵⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora, 1996. p. 111.

⁵⁸ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.” BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

Quanto aos direitos da personalidade, mostrou-se indispensável que toda utilização de nome, imagem, voz ou qualquer atributo pessoal seja expressamente autorizada, em respeito ao Código Civil e à Constituição Federal. A ausência de previsão contratual detalhada sobre limites de uso e formas de remuneração pode ensejar indenizações por violação de imagem e danos à reputação do influenciador, evidenciando que esses direitos são, em essência, parte do “produto” fundamental que o influenciador oferece e que, portanto, necessitam de proteção rigorosa.

No que tange à marca do influenciador, conclui-se que o registro no INPI e a celebração de contratos de licenciamento são as principais salvaguardas contra a exploração indevida e a concorrência parasitária. Casos concretos demonstram o valor estratégico de antecipar o registro e a licença adequada de sua marca, evitando vulnerabilidades comerciais e reforçando o potencial de monetização a longo prazo. Com os ativos protegidos, um influenciador consegue negociar de forma mais segura e adequada.

A necessidade de segurança jurídica, constantemente enfatizada, sinaliza uma transição de uma indústria que, em seus primórdios, operava em grande parte com base na confiança, para um setor onde a conformidade legal e os acordos formais se tornam pré-requisitos para operações de negócios sustentáveis, duradouros e promissores.

O desenvolvimento tecnológico, que impulsiona o mercado de influência, também apresenta desafios contínuos para as definições e proteções legais existentes. A rápida evolução dos meios de comunicação e das formas de criação de conteúdo exige constante adaptação. Isso implica na atual tensão intrínseca e contínua entre a natureza mais estática da lei codificada e a dinâmica e inovadora esfera digital.

No setor abordado, o foco é o fomento de um ambiente caracterizado por práticas éticas, transparência e segurança para todos os envolvidos: influenciadores, agências e marcas. Isso abrange a garantia de remuneração justa, a proteção dos direitos de personalidade e de propriedade intelectual, e o estabelecimento de responsabilidades claras para mitigar disputas e promover o crescimento sustentável do mercado. A construção de um ambiente mais seguro e juridicamente estruturado é fundamental para que o mercado de influência digital continue a prosperar, beneficiando a todos os agentes envolvidos.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora, 1996.
- BAPTISTA LUZ ADVOGADOS. *Manual Jurídico: Influenciadores Digitais*. [S. l.], p. 22-23, 1 abr. 2019. Disponível em: <http://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2019/04/Manual-de-Influenciadores-Digitais.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BORCAT, Juliana; ALVES, Aline. *Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade*. II Simpósio Regional Sobre Direitos Humanos e Fundamentais, UNIVEM - Marília/SP, 1 jan. 2013. Parte I - Direitos Fundamentais e Inclusão Social, p. 2-17. Disponível em: https://www.univem.edu.br/storage/arquivos_new/artigo01.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.
- BRASIL, Enunciado n. 139 da III Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2024.
- BRASIL, Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2024.
- BRASIL, Enunciado n. 4 da Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.
- BRASIL. Lei nº. 4.506, de 30 de novembro de 1964. Lei de Franquia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm#:~:text=L4506&text=LEI%20N%C2%BA%204.506%2C%20DE%2030%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201964.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20o%20imp%C3%B4sto%20que,e%20proventos%20de%20qualquer%20natureza.
- BRASIL. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei da Propriedade Industrial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm.

BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403.

CARLSTRÖM, Camila. *Porque todo digital influencer deve registrar sua marca pessoal no INPI*. 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350269/porque-todo-influencer-deve-registrar-sua-marca-pessoal-no-inpi>. Acesso em: 28 mar. 2024.

CHAVES, Antônio. *Direito à intimidade nas fotografias e nos filmes cinematográficos*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Volume 3 – *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal). Recurso Inominado Cível nº 0703970-49.2020.8.07.0016. Recorrente: João de Ataliba Nogueira Neto. Recorrido: Nelio Soares Machado. Relator: Juiz Arnaldo Soares Machado. Brasília, DF, 23 de julho de 2021.

DUVAL, Hermano. A publicidade e a lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 333 p.

FRAZÃO, Ana; VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. *Efeitos concorrenciais de acordos de exclusividade em plataformas de streaming - panorama nos mercados fonográficos e audiovisuais*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 55-89, janeiro/abril 2022. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/28637/25834>. Acesso em: 4 mar. 2024.

GONSALVES, Wesley; VALIM, Carlos Eduardo. Mercado de influência deve movimentar US\$ 500 bi até 2027; Brasil é 2º em número de influenciadores. *Estadão*, São Paulo, 17 maio 2024. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/midia-mkt/mercado-influencia-movimenta-us-500-bi-2027-brasil-numero-influenciadores/>. Acesso em: 28 maio 2025.

HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. *A Importância da Propriedade Intelectual para os Influenciadores Digitais*. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. *Influenciadores Digitais e seus Desafios Jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários Ao Código De Defesa Do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MOSSE, Cassio Nogueira Garcia. *Os contratos e as relações com os criadores de conteúdo digital: uma necessidade em constante evolução*. 3. Preocupações Contratuais e Cláusulas Específicas aplicadas ao mundo dos Criadores de Conteúdo Digital. In: MOSSE, Cassio Nogueira Garcia. *Social Media Law: O Direito nas Redes Sociais*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Representação n. 204/06. [2006]. Grupo Polenghi; Família Publicidade. Julgamento out. 2006. Disponível em: <http://www.conar.org.br/> Acesso em: 04 maio 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v.1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco (15ª Vara Cível da Seção A). Procedimento Comum Cível nº 0008067-87.2018.8.17.2001. Autoras: Camila Coutinho Valença e Blog Garotas Estupidas e Comércio de Vestuário Eireli. Réus: Daniela Azevedo de Sousa Fagundes Leite e Frielo do Brasil Indústria e Comércio de Cosméticos LTDA-ME. Relator: Juíza Luzicleide Maria Muniz Vasconcelos. Recife, PE, 08 de março de 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Redação Migalhas. *Camila Coutinho consegue retirar cosméticos “Garota Estúpida” do mercado*. 14 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276336/camila-coutinho-consegue-retirar-cosmeticos--garota-estupida--do-mercado>. Acesso em: 28 mar. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (32ª Câmara De Direito Privado). Apelação Cível nº 1000596-02.2021.8.26.0011. Apelante: Bianka Grismino Santos. Apelada: Shps Tecnologia e Serviços Ltda.. Relator: Desembargador Kioitsi Chicuta. São Paulo, SP, 21 de setembro de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (36ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1015350-45.2016.8.26.0068. Apelante: Camilla Santana Santos. Apelada: Darco Distribuidora de Cosméticos Ltda. Relator: Desembargador Jayme Queiroz Lopes. São Paulo, SP, 09 de julho de 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

STEINER, Renata Carlos. *Interesse Positivo e Negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro*. 2016. 362 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata_Carlos_Steiner_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 05 mar. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 598 p.

AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O PROCESSO JUDICIAL

Priscilla Mendonça Wagner¹

Resumo: O presente texto busca explorar a evolução dos avanços tecnológicos no processo judicial, e sua subsequente contribuição para a celeridade e efetividade do processo. Busca-se verificar o histórico da introdução da tecnologia no Poder Judiciário, que passa a ser possível com a criação do ICP-Brasil e a imputação da autoria documental em documentos digitais. Verifica-se, ainda a criação do processo eletrônico e a sua expansão para toda a Justiça brasileira, a utilização de documentos nato-digitais e a implantação de importantes mecanismos, como audiências e atos processuais exclusivamente virtuais, após a pandemia do Covid-19. Por fim, busca pesquisar o uso de inteligência artificial e algoritmos inteligentes, como o ChatGPT, no âmbito do Poder Judiciário, ressaltando as virtudes e vicissitudes deste tipo de tecnologia e sua possibilidade de tornar o processo brasileiro mais célere e mais barato, uma vez superados os desafios inerentes.

Palavras-chave: Avanços tecnológicos. Celeridade. Efetividade. Algoritmos inteligentes. ChatGPT.

Abstract: This text seeks to explore the evolution of technological advances in the judicial process, and their subsequent contribution to the speed and effectiveness of the process. The aim is to verify the history of the introduction of technology in the Judiciary, which became possible with the creation of ICP-Brazil and the attribution of documentary authorship in digital documents. There is also the creation of the electronic process and its expansion throughout Brazilian Justice, the use of native-digital documents and the introduction of important mechanisms, such as hearings and exclusively digital procedural acts, after the Covid-19 pandemic. Finally, it seeks to research the use of artificial intelligence and intelligent algorithms, such as ChatGPT, within the scope of the Judiciary, highlighting the virtues and vicissitudes of this type of technology and

¹ Graduada em Direito pela UERJ. Mestre em Direito pela UNESA. Juíza Federal na 2ª Região.

its possibility of making the Brazilian process faster and cheaper, once overcome the inherent challenges.

Keywords: Technological advancements. Celerity. Effectiveness. Smart algorithms. ChatGPT.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 fundou em nosso país um Estado Democrático de Direito. Com isso, trouxe para o centro do ordenamento jurídico a necessidade de observância e proteção dos direitos fundamentais como um dos principais pilares da nova democracia.

Nesta toada, também constou do artigo 5º de nossa Magna Carta, mais especificamente no inciso LXXVIII, o princípio da razoável duração do processo. Com efeito, não há dúvidas de que a tutela dos diversos direitos do homem e do cidadão, internalizados no país através dos inúmeros direitos fundamentais, requer uma atuação jurisdicional mais célere e efetiva.

Neste diapasão, com a revolução tecnológica por nós vivenciada nos últimos anos, diversos instrumentos foram desenvolvidos na busca de um processo mais ágil e mais efetivo. E a pandemia do Covid-19 apenas acelerou este trâmite².

Por certo, a pandemia e suas urgências de implementação de normas de ordem e saúde pública e distanciamento social, exigiu a aproximação eletrônica do judiciário da população. E, neste sentido, diversos atos passaram a ser virtuais³. Juízos 100% digitais foram criados. Audiências à distância. Tudo para permitir a continuidade, efetividade e celeridade do processo.

A seguir, iremos explorar os principais elementos do histórico da virtualização do processo judicial, analisando as tendências e averiguando as virtudes e vicissitudes no uso de algoritmos inteligentes, tal como o ChatGPT, pelo Poder Judiciário.

2. AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O PODER JUDICIÁRIO

Inicialmente, é importante mencionar que a implementação da tecnologia no âmbito do Judiciário brasileiro iniciou-se partir da publicação da Medida Provisória

² SANCTIS, Fausto Martin de. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 17.

³ SILVA, Louise Silveira; Heine Thomaz da; SOUTO, Fernanda Ribeiro; OLIVEIRA, Karoline Freire [et. al]. *Direito Digital*. Porto Alegre: SAGAH, 2021, p. 123.

2200-2/01, quando foi criada a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP -Brasil⁴, que permitiu que os documentos passassem a ser assinados com certificados digitais, que admitem a total imputação da autoria documental.

Após a criação desta importante ferramenta, sobreveio a possibilidade de se implementar, com segurança, o uso de processos judiciais de forma eletrônica. Nesta esteira, a lei 11.419/06 entrou em vigor com a missão de trazer todo o mundo digital que se descortinava para dentro do Poder Judiciário, o que foi feito com total êxito.

Esta lei implementou no âmbito do poder judiciário a possibilidade de instaurar processos judiciais inteiramente eletrônicos, com peças assinadas de forma eletrônica, o que se tornou a realidade hoje existente, conforme se demonstra da sua redação:

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de

⁴ SILVA, Louise Silveira; Heine Thomaz da; SOUTO, Fernanda Ribeiro; OLIVEIRA, Karoline Freire [et. al]. *Direito Digital*. Porto Alegre: SAGAH, 2021, p.128-129.

assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Já a lei 12682/12 teve o condão de criar os documentos eletrônicos, permitindo sua digitalização e armazenamento digital e ressaltando o seu valor probatório idêntico ao do documento físico. Por fim, há que se ressaltar que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve expressa autorização, em seu artigo 193, para que os atos processuais, de forma geral, sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico.

Com todas estes permissivos legais e a criação de inúmeros instrumentos tecnológicos, estamos vivenciando uma total virtualização do processo. De fato, conforme estatísticas divulgadas no Portal do Conselho Nacional de Justiça⁵:

“De forma inédita, o relatório Justiça em Números apresenta em 2022 detalhes sobre a informatização dos tribunais. Em 2021, os processos eletrônicos representaram 80,8% das ações em tramitação e 89,1% dos casos baixados. Dos 90 órgãos do Judiciário, 44 aderiram integralmente ao Juízo 100% Digital, o que abrange 67,7% das serventias judiciais.”

Além disso, o Portal também informa que, de acordo com o Relatório “Justiça em Números de 2022”, em 2021 foram distribuídas 27,7 milhões de novas ações e que 97,2% destes novos processos já chegaram à Justiça em formato eletrônico. Isso só demonstra que a virtualização processual é a realidade do Poder Judiciário brasileiro e nos impulsiona a pensar: o que mais está por vir?

A pandemia do Covid-19 certamente acelerou o uso de tecnologias dentro do processo. Por certo, uma profusão de atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, tais como as Resoluções 343/2020 e 465/2022 trouxeram diversas disposições acerca da realização do trabalho remoto e de audiências à distância no âmbito do Poder Judiciário.

A própria Resolução 345/2020 do órgão fiscalizatório autorizou a adoção das medidas necessárias à implementação do Juízo 100% digital⁶. De fato, atualmente, em grande parte dos órgãos das Justiças Federal e Estadual, as partes

⁵ <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Informatiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20celeridade&text=Em%202021%2C%20os%20processos%20eletr%C3%B4nicos,%2C7%25%20das%20serventias%20judiciais.>

⁶ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Sistema de justiça multiportas: a garantia do acesso ao Judiciário em tempos de pandemia na covid-19. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Tecnologia e justiça multiportas: teoria e prática*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 65-76.

podem optar pela prática de atos processuais de forma exclusivamente virtual. Isso já é uma realidade, especialmente nas varas cíveis e juizados de nosso país.

Até mesmo as audiências são realizadas à distância. Hoje, um advogado do Amazonas pode atuar em um processo que tramita no Rio Grande do Sul, inclusive comparecendo às audiências de forma virtual. Além disso, poucas são as precatórias expedidas para oitiva de testemunhas. As testemunhas podem ser ouvidas facilmente por meio de audiências virtuais, realizadas em geral por aplicativos como Microsoft Teams ou Zoom. Esse avanço permite muito mais facilidade, agilidade e economicidade.

Não há dúvidas ainda que este recurso permite que o advogado possa estar em viagem internacional e mesmo assim participar da audiência para defender seu cliente. Isso quase que elimina os pedidos de adiamento de pauta por questões deste tipo, o que contribui para a celeridade do processo. Também, partes hospitalizadas ou com dificuldade de locomoção podem, se assim desejarem, comparecer ao processo à distância. Isso promove a inclusão e o acesso à justiça.

É evidente, no entanto, que nem tudo são flores quando tratamos de atos e, especialmente, de audiências virtuais. É importante ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça foi compelido a trazer em sua Resolução 465/2022 diretrizes para realização das videoconferências, especialmente em relação à identificação das partes, vestimenta e ambiente adequado para sua realização.

Isso foi necessário em função da profusão de audiências despidas de regras e que permitiam que partes ou patronos atuassem de dentro de locais incompatíveis com a natureza do ato, tais como os banheiros de suas casas, ou com vestimentas absolutamente inadequadas.

Além disso, há ainda o problema da identificação adequada das partes ou testemunhas e a parte mais problemática: garantir a idoneidade e sigilo de depoimentos de testemunhas. Este tem sido certamente o maior desafio das audiências por videoconferência, já que, em regra, as partes e testemunhas atuam de dentro do escritório do advogado que, muitas vezes, não possui espaço para garantir que as testemunhas não ouvirão o depoimento umas das outras. Embora existam desafios, estes têm sido superados com maestria por todos os agentes que compõem o processo.

Outros instrumentos interessantes estão despontando atualmente no Poder Judiciário. Por certo, já se trabalha para aplicar diversos métodos de tecnologia da informação dentro da Justiça brasileira. Sistemas que agrupam processos judiciais por temas ou jurisprudências em decisões judiciais estão cada vez mais comuns. Neste diapasão, André Ramos Tavares assevera:

“No Poder Judiciário brasileiro, desde o final de 2017, o Supremo Tribunal Federal desenvolve um sistema chamado Victor, em parceria com a Universidade de Brasília, para identificar se os diversos recursos carreados ao Tribunal se enquadram como de repercussão geral. Segundo o site do próprio STF70, “cuida-se do maior e mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira.” Recentemente, a implementação desse sistema concluiu sua terceira etapa, faltando apenas mais uma etapa para a implementação definitiva. Dentre as inovações já em funcionamento, a tecnologia da ocerização (OCR) transforma uma camada de imagens em .pdf automaticamente para uma camada de texto. A partir disso, a divisão do arquivo é separada e classificada (sistema digital de categorização) por tipos de peças processuais para, por fim, atingir seu grande objetivo: rotular (tagueamento) quando uma ação versar sobre tema de repercussão geral, chegando a essa conclusão a partir de uma rede neural convolucional (um tipo específico de algoritmo não programado, portanto, realizado por aprendizado de máquina). Embora no sistema Victor não haja transferência de uma decisão de mérito para um algoritmo, o caso ilustra perfeitamente a circunstância de como tal decisão, ainda que parcial, mas automatizada, pode ser altamente impactante para as partes e para o próprio processo judicial.”⁷

Trata-se, na verdade, de um fenômeno mundial. Nos Estados Unidos, um algoritmo denominado Compas (correctional offender management profiling for alternative sanctions), tem sido utilizado no Estado de Wiscosin, para ajudar a estabelecer a possibilidade de reincidência criminal do acusado ou condenando, auxiliando, portanto na definição da pena e na concessão de liberdade condicional.

Esta tecnologia foi questionada perante a Corte Suprema de Wiscosin, que em 2016 confirmou a utilização e eficácia do algoritmo, desde que ele não fosse

⁷ TAVARES, André R. O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica. (Coleção direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação). Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555599954. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599954/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

o único fundamento para a decisão. No entanto, diversas insurgências acerca de discriminações algorítmicas remanesçam⁸.

Também a China trouxe uma importante proposta, baseada em tecnologia da informação e criou uma espécie de Corte digital para o julgamento de casos de copyright e de e-commerce. Segundo André Ramos Tavares:

“Trata-se de IA fazendo o papel de juízes, em tarefas auxiliares e iniciais, e sentenças sendo enviadas pelo WeChat. As partes envolvidas ingressam em uma plataforma de vídeo, como já está acontecendo no Brasil, mas, ao invés de visualizarem um juiz humano, encontrarão o avatar de uma inteligência artificial. Os juízes humanos monitoram esses procedimentos, ou seja, como mencionado anteriormente, assumirão uma tarefa colaborativa e de vigilância, mas com isso espera-se uma melhoria na celeridade da prestação jurisdicional.”⁹

Portanto, percebe-se que há um fenômeno mundial de introdução de inteligência artificial com o objetivo de auxiliar na celeridade e efetividade do processo. Com efeito, o Poder Judiciário tem implementado grandes esforços para garantir que o direito fundamental à razoável duração do processo seja integralmente respeitado.

E é nesta linha que cresce atualmente o debate acerca do uso pelo Poder Judiciário do ChatGPT. Trata-se de um algoritmo mosaico, capaz de aprender e criar conteúdo¹⁰. Quem já utilizou esta ferramenta de inteligência artificial pode verificar quão facilitada fica a atuação dos diversos atores processuais. Por certo, este mecanismo parece ter vindo de forma definitiva para contribuir para a celeridade do processo.

É importante mencionar que ao utilizar aplicativos como o ChatGPT, o advogado pode obter uma petição formada em poucos minutos, contendo todos os seus requisitos, inclusive fatos, causa de pedir e pedido. É impressionante a precisão da ferramenta que é capaz de reconhecer, por exemplo, que a causa é de direito consumidor e formular até mesmo o pedido de inversão do ônus da

⁸ HAO, Karen. AI is sending people to jail—and getting it wrong. Disponível em AI is sending people to jail—and getting it wrong | MIT Technology Review. Acesso em 28/02/2025.

⁹ TAVARES, André R. O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica. (Coleção direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação). Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555599954. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599954/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

¹⁰ HIROTA, Fabio. *ChatGPT e inteligência artificial: uso e aplicações na era digital*. São Paulo: Actual Editora, 2023, p. 8.

prova, sem qualquer menção ou intervenção do usuário para tanto. Ele também é capaz até mesmo de escrever contratos ou aperfeiçoá-los no mesmo tempo¹¹. Não é por outro motivo que diversos cursos já começaram a ser comercializados para utilização desta poderosa ferramenta.

Além disso, o programa é capaz de responder ao usuário acerca dos posicionamentos das Cortes Superiores, inclusive, trazendo os processos julgados que fundamentam a explanação, embora exista uma defasagem evidente na atualização jurisprudencial¹².

E não é só a advocacia que pode se beneficiar do ChatGPT. Por certo, o próprio poder judiciário como um todo, ao utilizar a ferramenta, pode reduzir em muito não apenas a duração do processo, como também os seus custos¹³.

Hoje, conforme estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, o índice de produtividade por magistrado é de 6,3 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar período de férias e recesso¹⁴. Com a utilização de inteligência artificial, há a expectativa de que este número possa ser superado.

Isso porque, ao lançar mão do uso de inteligência artificial, através de programas como o ChatGPT, o magistrado poderá dinamizar a produção de decisões e sentenças, já que a ferramenta é extremamente útil para redação. Inclusive, cursos já estão sendo ministrados¹⁵ para que os agentes processuais possam se utilizar deste recurso tecnológico e conseguir agilizar o andamento do processo.

Aliás, é importante ressaltar que os algoritmos inerentes a estes aplicativos e programas de computador são capazes de aprender aquilo que lhes é determinado, o que agiliza ainda mais os seus fins. Neste caso, os sistemas que utilizam o *machine learning*¹⁶ possuem a habilidade de identificar padrões com

¹¹ PORTO, Fabio Ribeiro; ARAÚJO, Valter Schuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva. *Inteligência Artificial generativa no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 88-90.

¹² MARMELSTEIN, George. *Layouts argumentativos com ChatGPT: como apresentar ideias com facilidade*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-abr-01/george-marmelstein-layouts-argumentativos-chatgpt>. Acesso em 30/03/2025.

¹³ MACHADO, Fernanda de Vargas; COLOMBO, Cristiano. Inteligência artificial aplicada à atividade jurisdicional: desafios e perspectivas para sua implementação no Judiciário. In: *Revista da Escola Judicial do TRT4*, v. 3, n. 5, p. 117–141, 2021.

¹⁴ <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Informatiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20celeridade&text=Em%202021%2C%20os%20processos%20eletr%C3%B4nicos,%2C7%25%20das%20serventias%20judiciais>.

¹⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO. *Fojurj: Emerj abre inscrições para o curso “Inteligência artificial generativa e sua aplicação no Judiciário”*. Disponível em <https://www.trf2.jus.br/jf2/noticia-jf2/2024/fojurj-emerj-abre-inscricoes-para-curso-inteligencia-artificial-generativa-sua>. Acesso em 11/03/2025.

¹⁶ FERRARI, Isabela. *Accountability de algoritmos: a falácia do acesso ao código e caminhos para uma*

base em tarefas já efetuadas, aprimorando e aplicando o conhecimento obtido naquelas vindouras.

Note-se, portanto, que diferentemente do Google, que utiliza uma tecnologia essencialmente fotográfica, efetuando consultas em base de dados, inteligências artificiais como o ChatGPT usam uma tecnologia do tipo mosaico, capaz de criar diversos conteúdos e atender demandas, de acordo com os comandos que lhe são dados.

No entanto, há que se mencionar também que o aplicativo comete alguns equívocos, considerados como efeitos alucinógenos da inteligência artificial¹⁷. Ao ser indagado sobre questões de licitação, por exemplo, em algumas hipóteses, embasou suas respostas na lei 8666/93, já revogada pela lei 14.133/21.

Além disso, um caso recente ficou famoso e, inclusive, está sendo objeto de investigação pelo Conselho Nacional de Justiça, justamente por envolver o uso do programa em referência. Na hipótese, um juiz federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferiu uma sentença cujo fundamento era uma jurisprudência inventada pelo ChatGPT e atribuída ao Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

Isso ocorre porque este tipo de programa é composto de um algoritmo inteligente e obediente, capaz de criar conteúdos diferentes, de acordo com cada demanda. Inclusive, a cada pesquisa, resultados diversos são criados pela inteligência artificial, que inclusive pode ser induzida a determinado resultado.

Portanto, este é um dos grandes desafios no uso da ferramenta: o seu efeito alucinógeno que tanto tem sido mencionado no Brasil e no exterior. Decerto, torna-se notório que o ChatGPT não tem se apresentado como uma eficiente fonte de pesquisa jurídica, que deve sempre ser confirmada e verificada pelo juiz ou servidor humano.

Com efeito, caso o ChatGPT não encontre a resposta demandada, ele simplesmente inventa uma¹⁹. A causa disso é que ele usa uma tecnologia avançada, capaz de criar as respostas a partir de informações possuídas.

explicabilidade efetiva. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em 30/03/2025.

¹⁷ STOKEL-WALKER, Cris. *Generative AI is coming for the lawyers*. Disponível em <https://www.wired.com/story/chatgpt-generative-ai-is-coming-for-the-lawyers/>. Acesso em 30/09/2024.

¹⁸ CONSULTOR JURÍDICO. CNJ vai investigar juiz que usou tese inventada pelo ChatGPT para escrever decisão. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-nov-12/cnj-vai-investigar-juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-para-escrever-decisao/>. Acesso em 30/03/2025.

¹⁹ PORTO, Fabio Ribeiro; ARAÚJO, Valter Schuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva. *Inteligência Artificial generativa no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 125-126.

E é exatamente por isso que a ferramenta pode sim ser muito útil para o avanço da celeridade processual, já que, uma vez que seja perfeitamente direcionada, ela é capaz de criar minutas, valorar provas e até formular perguntas a serem indagadas a testemunhas. Contudo, é essencial que todo o trabalho seja sempre conferido e verificada sua autenticidade por um humano, especialmente em se tratando de jurisprudência.

Portanto, o uso desta e outras tecnologias tende a acelerar a análise processual, promovendo uma maior celeridade. E não é só o tempo do processo que ficará reduzido com este avanço²⁰. Com certeza o seu custo também será drasticamente afetado. Com efeito, atualmente, as varas são compostas por juízes e diversos servidores, que atuam diretamente em todo o processado.

Contudo, a perspectiva é que num espaço relativamente curto de tempo, toda esta estrutura física do Poder Judiciário possa ser enxugada. Não há dúvidas de que o uso de inteligência artificial para movimentação processual permitirá que sejam necessários menos servidores e juízes para tanto.

Por outro lado, a realização de atos e audiências de forma remota propicia que o espaço físico, inclusive para audiências, seja cada vez menor. E quem sabe até inexistente? Atualmente, a Resolução 465/2022 do Conselho Nacional de Justiça veda que o magistrado efetue audiência de fora da unidade jurisdicional. Desta forma, o que vemos hoje, de forma predominante, é apenas o magistrado efetuando atos da própria Vara.

No entanto, isso pode mudar. Certamente, os atos praticados à distância por todos os seus agentes facilitam a redução da estrutura do Poder Judiciário, o que indiscutivelmente reduzirá o custo com aluguel e demais despesas. Isso é extremamente desejável, já que os valores gastos podem ser direcionados a outras áreas, de grande interesse da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, é possível perceber que o uso de recursos tecnológicos no âmbito do Poder Judiciário só tende a trazer celeridade e redução de custos ao processo, o que, inclusive, se espera para um futuro não muito longínquo. Isso

²⁰ MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar; MACHADO FILHO, Armando Marcos; BARRETO, Guilherme Alves, BARBOSA, Júlio Vieira Ramalho Cunha. Caso Projeto Victor: uma solução jurídica de IA aplicada ao STF. In: MONTEIRO, Vitor; RAUEN, André Tortato; MOURÃO, Carolina Mota. (Org.). *Soluções jurídicas para a inovação*. Vol. 3. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2022, p. 52–59.

concretiza perfeitamente os princípios constitucionais que regem nosso Estado Democrático de Direito, em especial, o da eficiência.

É claro que se torna evidente a necessidade de implementar cursos e treinamentos a juízes e servidores, para que possam usar as ferramentas de forma eficiente e idônea. Apenas com o treinamento adequado, o uso de tecnologia da informação na Justiça brasileira será capaz de efetivamente reduzir o tempo e o custo do processo.

Não há dúvidas de que não se está aqui a defender a substituição da mão de obra humana por máquinas, de forma integral ou indiscriminada. No entanto, com certeza, a quantidade de mão de obra humana pode sim sofrer uma drástica redução com a ampliação da tecnologia da informação, já que a ideia é que a máquina produza os trabalhos, restando ao servidor ou juiz apenas a verificação das informações trazidas nas minutas.

Aliás, embora o presente trabalho tenha enfatizado as vertentes financeira e de celeridade do processo, resta evidente que o uso de algoritmos inteligentes também possui o condão de ampliar o acesso à justiça, facilitando a vida das partes e patronos envolvidos nas diversas demandas judiciais.

Os avanços tecnológicos vêm popularizando o acesso à justiça, vez que os patronos possuem mais liberdade para praticar atos de forma digital, enquanto as partes também podem a eles comparecer da mesma forma.

Portanto, é extremamente desejável a ampliação, de forma responsável, do uso da tecnologia em processos judiciais, a fim, especialmente, de garantir celeridade, reduzir custos e propiciar um maior e mais efetivo acesso à justiça. Tudo isso coaduna-se perfeitamente com nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Sistema de justiça multiportas: a garantia do acesso ao Judiciário em tempos de pandemia na covid-19. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Tecnologia e justiça multiportas: teoria e prática*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- CNJ. Justiça em Números. Disponível em 01 de setembro de 2022 em <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Informatiza%C3%A7%C3%A3o%20e%20celeridade&text=Em%202021%2C%20os%20processos%20e%20B4nicos,%2C7%25%20das%20serventias%20judiciais>.

- CONSULTOR JURÍDICO. *CNJ vai investigar juiz que usou tese inventada pelo ChatGPT para escrever decisão*. Disponível em 12 de novembro de 2023 em <https://www.conjur.com.br/2023-nov-12/cnj-vai-investigar-juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-para-escrever-decisao/>. Acesso em 30/03/2025.
- FERRARI, Isabela. *Accountability de algoritmos: a falácia do acesso ao código e caminhos para uma explicabilidade efetiva*. Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em 30/03/2025.
- HAO, Karen. *AI is sending people to jail—and getting it wrong*. Disponível em *AI is sending people to jail—and getting it wrong* | MIT Technology Review. Acesso em 28/02/2025.
- HIROTA, Fabio. *ChatGPT e inteligência artificial: uso e aplicações na era digital*. São Paulo: Actual Editora, 2023.
- KEMP, David. *ChatGPT is Notoriously Bad at Legal Research. So Let's Use it to Teach Legal Research*. Disponível em 09 de setembro de 2023 em <https://verdict.justia.com/2023/09/09/chatgpt-is-notoriously-bad-at-legal-research-so-lets-use-it-to-teach-legal-research>. Acesso em 26/03/2025
- MACHADO, Fernanda de Vargas; COLOMBO, Cristiano. *Inteligência artificial aplicada à atividade jurisdicional: desafios e perspectivas para sua implementação no Judiciário*. In: *Revista da Escola Judicial do TRT4*, v. 3, n. 5, p. 117–141, 2021.
- MAIA FILHO, Mamede Said; JUNQUILHO, Tainá Aguiar; MACHADO FILHO, Armando Marcos; BARRETO, Guilherme Alves, BARBOSA, Júlio Vieira Ramalho Cunha. *Caso Projeto Victor: uma solução jurídica de IA aplicada ao STF*. In: MONTEIRO, Vitor; RAUEN, André Tortato; MOURÃO, Carolina Mota. (Org.). *Soluções jurídicas para a inovação*. Vol. 3. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2022.
- MARMELSTEIN, George. *Layouts argumentativos com ChatGPT: como apresentar ideias com facilidade*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-abr-01/george-marmelstein-layouts-argumentativos-chatgpt>. Acesso em 30/03/2025.
- PORTO, Fabio Ribeiro; ARAÚJO, Valter Schuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva. *Inteligência Artificial generativa no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Almedina, 2020.
- SILVA, Louise Silveira; Heine Thomaz da; SOUTO, Fernanda Ribeiro; OLIVEIRA, Karoline Freire [et. al]. *Direito Digital*. Porto Alegre: SAGAH, 2021.
- STOKEL-WALKER, Cris. *Generative AI is coming for the lawyers*. Disponível em <https://www.wired.com/story/chatgpt-generative-ai-is-coming-for-the-lawyers/>. Acesso em 30/09/2024.
- TAVARES, André R. *O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica*. (Coleção direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação). Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599954. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599954/>. Acesso em: 10 nov. 2024
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA SEGUNDA REGIÃO. *Fojurj: Emerj abre inscrições para o curso "Inteligência artificial generativa e sua aplicação no Judiciário"*. Disponível em <https://www.trf2.jus.br/jf2/noticia-jf2/2024/fojurj-emerj-abre-inscricoes-para-curso-inteligencia-artificial-generativa-sua>. Acesso em 11/03/2025.

AS FORÇAS ARMADAS E SEU STATUS INSTITUCIONAL NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Reis Friede¹

Resumo: O artigo pretende, em linhas gerais, analisar o desenvolvimento do *status* institucional das Forças Armadas no decorrer da história constitucional brasileira, de modo a verificar se o antigo manejo das instituições militares como instrumento de estabilização política ocorria ou não em consonância com as premissas fixadas pelas Constituições anteriores. Tendo em vista a atual subordinação das Forças Armadas aos Poderes Constitucionais, o texto objetiva, ainda, a partir de uma exegese intrínseca às respectivas realidades históricas, verificar se tal emprego era conveniente para o homem político, inclusive para os políticos militares, trazendo à tona, por oportuno, diversos debates travados a respeito do tema durante a realização da Assembleia Nacional Constituinte. Por fim, analisar-se-á como se dá, no âmbito da defesa nacional e da garantia da lei e da ordem, o emprego das Forças Armadas, bem como sua ampla subordinação aos Poderes Constitucionais.

Palavras-chave: Forças Armadas. Missão constitucional. Estabilidade institucional.

THE ARMED FORCES AND THEIR INSTITUTIONAL STATUS IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL HISTORY

Abstract: The goal of this article is to analyze, in general terms, how the evolution of the Armed Forces status occurred in Brazil during the country's constitutional history, aiming to prove if the deployment of the military institutions as an instrument of

¹ Desembargador Federal, ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

political stabilization back then happened disregarding the previous Constitutions. Furthermore, we will check if such deployment was, in general, conveniently interesting for the politicians, including the military ones, having in mind the deep subordination of the Armed Forces to the Constitutional Powers nowadays (we bring up the attention to many debates regarding this subject during the National Constituent Assembly). Finally, we will analyze how the deployment of the Armed Forces occurs considering the national defense and the ensuring of law and order, as well as its deep subordination to the Constitutional Powers.

Keywords: Armed Forces. Constitutional Mission. Institutional Stability.

Resumen: El presente trabajo busca, de modo general, analizar cómo se ha operado la evolución del *status* de las Fuerzas Armadas a lo largo de la historia constitucional brasileña, de modo a verificar si el pretérito empleo de las instituciones como instrumento de estabilización política ocurría o no sin considerarse las Constituciones anteriores. Además, se averiguará si, a partir de una interpretación en línea con las respectivas realidades históricas, tal empleo era convenientemente interesante para el hombre político, incluso para los políticos militares, puesto la amplia subordinación de las Fuerzas Armadas a los Poderes Constitucionales en el momento actual (se llama la atención para diversos debates acerca del tema durante la realización de la Asamblea Nacional Constituyente). Por fin, se analizará como ocurre, en el ámbito de la defensa nacional y de la garantía de la ley y del orden, el empleo de las Fuerzas Armadas, bien como su amplia subordinación a los Poderes Constituyentes.

Palabras clave: Fuerzas Armadas. Misión constitucional. Estabilidad institucional.

1 INTRODUÇÃO

O artigo objetiva, de um modo geral, analisar como se operou a evolução do status das Forças Armadas ao longo da história constitucional brasileira, de modo a verificar se o pretérito emprego das instituições militares enquanto instrumento de estabilização política ocorria ao arrepio das Constituições anteriores, bem como averiguar se, a partir de uma interpretação consentânea com as respectivas realidades históricas, tal emprego era convenientemente interessante para o homem político, inclusive para os políticos militares, situação absolutamente incogitável na quadra atual, tendo em vista a ampla subordinação das Forças Armadas aos Poderes Constitucionais, conforme assevera, inclusive, a pesquisadora Maria Celina D'Araujo, segundo a qual os comandantes militares

de hoje não se apresentam mais como atores políticos, mudança extremamente positiva e que indica o fortalecimento da democracia no Brasil (D'ARAUJO, 2009), constatação que por si só justifica o presente estudo. Para tanto, recorreu-se à pesquisa bibliográfica e documental, em que se buscou, por meio de textos historiográficos, jornalísticos e jurídicos, compor um quadro político-jurídico-militar das Forças Armadas na história do Brasil.

Em seguida, ainda dentro de um contexto constitucional, analisaremos os debates travados na Assembleia Nacional Constituinte sobre a missão constitucional das Forças Armadas na Constituição de 1988, bem como a razão que motivou a construção dada ao texto atual (BRASIL, 1988, art. 142).

Outrossim, discorreremos a respeito de como se dá o emprego das Forças Armadas na defesa nacional e na garantia da lei e da ordem, conforme dispõe o art. 142 da Carta vigente, o qual preconiza que a Marinha, o Exército e a Aeronáutica são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Por fim, avaliaremos se é mesmo possível afirmar, diante desse quadro normativo, que as Forças Armadas efetivamente se subordinam aos Poderes Constitucionais.

Tal estudo, empreendido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, permitiu a visualização de um mosaico em que as Forças Armadas protagonizaram ações e intervenções políticas que, mesmo impensadas na conjuntura de hoje, encontravam, na ocasião, amparo em textos legais.

2 DO MANEJO PRETÉRITO DAS FORÇAS ARMADAS ENQUANTO INSTRUMENTO DE ESTABILIZAÇÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL

De início, sem qualquer pretensão exaustiva, apenas para pontuar os principais episódios que, a nosso ver, contaram com a efetiva participação das Forças Armadas, cumpre recordar que em 1822 o Exército atuou de modo fundamental para a conquista da independência nacional. Ainda no período imperial, segundo pacífica opinião da historiografia especializada, foi peça essencial para a garantia

da integridade do território brasileiro. A guisa de exemplo, a vitória na Guerra da Tríplice Aliança (ou Guerra do Paraguai, 1864-1870) contribuiu para que o Exército brasileiro emergisse como uma instituição dotada de força capaz de ditar os rumos políticos do país. Posteriormente, liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, possibilitou e sustentou a instauração da República, erguida, literalmente, por intermédio da espada, tanto que tal época era denominada de “República das Espadas”.

Mais recentemente, através do movimento político-militar de 1964, impediu a instalação da ditadura do proletariado no Brasil, com viés marxista. Assim, antes de qualquer crítica que se queira lançar sobre a Instituição, o Exército e demais Forças exerceram e exercem papel de indiscutível relevância para a manutenção da integridade do território nacional, um dos elementos indispensáveis à própria existência do Estado.

A respeito do papel político desempenhado pelas Forças Armadas *antes* de 1964, Dreifuss e Dulci (2008) afirmam ter ocorrido, em primeiro lugar, uma legitimação de seu intervencionismo no sistema político. Reconhecia-se, assim, o famoso *poder moderador* das Forças Armadas, responsável pela restauração da ordem vigente em momentos de crise.

Lígia Osório Silva (2006), sintetizando os aspectos desse papel castrense, assevera que a participação dos militares na política brasileira remonta à proclamação da República, sendo considerada, por alguns, como uma força tutelar, um poder moderador ou, ainda, como um instrumento dos poderes constituídos.

Pérez (1980), explicando o aludido poder moderador das Forças Armadas na história dos regimes militares na América Latina, aduz que, na etapa na qual dominava a oligarquia tradicional, os governos militares atuavam para defender os interesses criados pelas classes dominantes e para impedir a ascensão das camadas populares, enquanto que o poder civil adotava um comportamento em dois níveis: o 1º, quando estava no poder político e se utilizava dos militares como fator de equilíbrio ou de arbitragem; o 2º, quando se encontrava na oposição, ocasião em que trabalhava incessantemente para que os militares derrubassem o governo constitucionalmente estabelecido e proporcionassem oportunidades para que assumisse ou recuperasse o poder político.

3 DAS MISSÕES CONSTITUCIONAIS DAS FORÇAS ARMADAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Entendemos que o antigo manejo das Forças Armadas enquanto instrumento de estabilização política pode ser explicado, entre outros argumentos, a partir de uma análise das missões conferidas às Forças Armadas pelas diversas Constituições do país, o que passamos a fazer. Para tanto, transcrevemos abaixo, de acordo com a grafia da época, os dispositivos que versam sobre a matéria:

a) Na Constituição de 1824:

Art. 147. A Força Militar é essencialmente obediente; jamais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legitima.

Art. 148. Ao Poder Executivo compete privativamente empregar a Força Armada de Mar, e Terra, como bem lhe parecer conveniente à Segurança, e defesa do Imperio. (BRASIL, 1824)

b) Na Constituição de 1891:

Art. 14. As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior.

A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais. (BRASIL, 1891)

c) Na Constituição de 1934:

Art. 162. As forças armadas são instituições nacionais permanentes, e, dentro da lei, essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos. Destinam-se a defender a Pátria e garantir os Poderes constitucionais, e, ordem e a lei. (BRASIL, 1934)

d) Na Constituição de 1937:

Art. 161. As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República. (BRASIL, 1937)

e) Na Constituição de 1946:

Art. 177. Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem. (BRASIL, 1946)

f) Na Constituição de 1967:

Art. 92. As forças armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

§ 1º. Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os Poderes constituídos, a lei e a ordem. (BRASIL, 1967)

g) Na Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

Art. 90. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

Art. 91. As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem. (BRASIL, 1969)

h) Na Constituição de 1988:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, *por iniciativa de qualquer destes*, da lei e da ordem.

§ 1º. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Sintetizando, a Constituição de 1824 dizia que a Força Militar era essencialmente obediente. A Carta de 1891, por sua vez, previa que as Forças de Terra e Mar eram incumbidas da defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior, sendo obrigadas a *sustentar* as instituições constitucionais. Nos termos da Constituição de 1934, eram destinadas a *defender* a Pátria e a *garantir* os poderes constitucionais, a ordem e a lei. A Carta de Vargas, de 1937, impunha às Forças Armadas uma fiel obediência à autoridade do Presidente da República, fundamentais que eram para alicerçar aquele regime ditatorial. Segundo a Lei Magna de 1946, eram dedicadas a *defender* a Pátria e a *garantir*

os poderes constitucionais, a lei e a ordem. A Constituição de 1967 e a EC nº 1, de 1969, estabeleciam que as Forças Armadas eram destinadas a *defender* a Pátria e a *garantir* os poderes constituídos, a lei e a ordem. Por fim, na Carta de 1988, as Instituições Militares passam a ser responsáveis pela defesa da Pátria, pela garantia dos poderes constitucionais e, *por iniciativa de qualquer destes*, da lei e da ordem.

Ainda em relação à Constituição de 1988, prevê o art. 84, XIII, que compete privativamente ao Presidente da República exercer o comando supremo das Forças Armadas. Com efeito, nos termos do citado art. 142, *caput*, as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais; e, por iniciativa de qualquer destes, à garantia da lei e da ordem.

Conforme explica Ferreira Filho (2008, p. 239), as duas primeiras destinações mencionadas no aludido dispositivo em vigor (defesa da Pátria; garantia dos poderes constitucionais) retratam o papel *elementar* das Forças Armadas, sendo relativas à própria ideia de soberania do Estado brasileiro. A última, por sua vez, traduz hipótese em que as Forças Armadas poderão ser empregadas na garantia da lei e da ordem, por solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais, pleito que, registre-se, será submetido à decisão do Presidente da República. No último caso, tal emprego somente poderá ocorrer quando constatado o esgotamento dos órgãos destinados à preservação da segurança pública, conforme previsão contida no art. 144 da Constituição Federal.

Interessante destacar que, desde a primeira Constituição republicana, há expressa referência às Forças Armadas enquanto instrumento de: **a)** sustentação das instituições constitucionais, conforme preceituava o art. 14 da Constituição Federal de 1891 (BRASIL, 1891a), **b)** garantia dos poderes constitucionais, consoante previam o art. 162 da Constituição Federal de 1934 (BRASIL, 1934) e o art. 177 da Constituição Federal de 1946 (BRASIL, 1946), **c)** garantia dos poderes constituídos, nos termos do art. 92, § 1º, da Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967) e art. 91 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (BRASIL, 1969), **d)** garantia dos poderes constitucionais, na forma do vigente art. 142, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Segundo Faoro (1984), o estabelecimento, na Constituição de 1891, de um acentuado papel das Forças Armadas (defesa das instituições constitucionais)

teria trazido importantes consequências políticas para o Estado brasileiro, citando o autor, como exemplo, o denominado *Golpe de 3 de novembro de 1891*, quando Deodoro dissolveu o congresso nacional, conforme previsto no Decreto nº 641, de 3 de novembro de 1891 (BRASIL, 1891b).

4 DO DEBATE NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE SOBRE A MISSÃO CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A leitura dos dispositivos constitucionais de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, todos acima transcritos, permite concluir que a redação prevista no art. 142, *caput*, da atual Carta Magna, notadamente a expressão “por iniciativa de qualquer destes”, não era encontrada nas demais Constituições, o que certamente não ocorreu por acaso. A nosso ver, a razão ponderável para a construção dada ao texto atual (BRASIL, 1988, art. 142) foi justamente evitar o manejo, antes frequente, das Forças Armadas como instrumento de estabilização política, como tantas vezes ocorreu durante o século passado.

Cumprе, então, entender como a mencionada expressão em questão restou introduzida no Texto Magno de 1988. Para tanto, socorremo-nos de recortes jornalísticos publicados por ocasião dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, na qual intensos debates foram travados acerca da missão das Forças Armadas no novo cenário que se desenhava, conforme registrou o jornal O Globo, na matéria *Forças armadas debatem seu papel na constituição*, p. 3, edição de 14 de janeiro de 1986:

O papel constitucional das Forças Armadas será o principal tema da reunião entre os três Ministros Militares e os Chefes do Serviço Nacional de Informações, Estado-Maior das Forças Armadas e do Gabinete Militar da Presidência da República. A reunião será hoje no Quartel General do Exército e terá início às 10h30m. (O GLOBO, 1986).

O mesmo tema também foi alvo de assunto publicado no Jornal do Brasil, p. 5, em 29 de agosto de 1987, de autoria do jornalista Ricardo Noblat:

O general Leônidas conheceu um artigo, mas o que saiu impresso no substitutivo foi outro. Os ministros militares queriam - e continuarão querendo - que o artigo reservado ao emprego das Forças Armadas fizesse expressa menção à função delas de garantirem, também, a

lei e a ordem, como está dito, por exemplo, na Constituição atual. A referência à manutenção da lei e da ordem desapareceu no substitutivo de Cabral. Poderá retornar depois que o substitutivo for examinado na Comissão de Sistematização. (NOBLAT, 1987)

A questão relativa à definição da função constitucional das Forças Armadas era mesmo tormentosa e, a toda evidência, envolvia os diversos partidos políticos existentes à época, fato constatado através da leitura do denominado *Jornal da Constituinte* (BRASIL, 1987b), órgão de divulgação das atividades da Assembleia Nacional Constituinte, cujo texto permite visualizar as várias vertentes existentes à época sobre a função constitucional das Forças Armadas, a saber: **a)** para o PMDB, “preservar e defender a soberania nacional, bem como, dentro das fronteiras, ter uma ação na manutenção da ordem pública, sem, contudo, interferir nas instituições civis”; **b)** o PFL, por sua vez, entendia desnecessário promover, quanto ao tema em discussão, qualquer alteração, cabendo às Forças Armadas não apenas “assegurar a soberania nacional, garantindo as fronteiras e o País de ameaças de inimigos externos, mas também tem função das mais relevantes na manutenção da ordem interna e garantia das constituições legalmente constituídas, sob o comando do Presidente da República”; **c)** o PDS afirmava que as Forças Armadas deveriam cuidar, sobretudo, “do problema relacionado com o perigo de intervenção externa”, não sendo descartada, no entanto, a possibilidade de participação das Forças Armadas no plano interno, “com a atuação restringida pela autoridade do presidente da República”; **d)** o PDT, atento à problemática do desvirtuamento do emprego das Forças Armadas, achava interessante impedir as seguidas intervenções das Forças Armadas na vida nacional, não lhes competindo, portanto, “manter a atitude de tutela da vida política do País”; **e)** para o PTB, o papel das Forças Armadas deveria se restringir à fiscalização das fronteiras nacionais, sendo que, internamente, o poder militar deveria ter atuação na sociedade apenas quando solicitado pelo Presidente da República; **f)** o PCB concebia as Forças Armadas como instituições “garantidoras das fronteiras brasileiras contra agressões externas e participantes, quando solicitadas pela mais alta autoridade civil do País”; **g)** quanto ao PT, o novo Texto Constitucional não deveria “permitir, a nível interno, a intervenção das Forças Armadas na vida política do País, restringindo-se sua atuação à garantia da soberania em casos de agressão externa”; **h)** o PDC defendia que a Constituição deveria “manter as missões tradicionais das Forças Armadas na defesa contra agressões externas, bem com ter responsabilidade na manutenção da segurança

interna”; **i)** segundo o PC do B, as Forças Armadas deveriam “resguardar o País de agressões externas, sem, contudo, se imiscuírem nos problemas internos do Brasil, bem como nos movimentos populares”; **j)** o PMB era contrário a qualquer modificação nas atribuições constitucionais das Forças Armadas, sendo que, para o então Senador Antônio Farias, líder do partido, o cerne da questão não estava “na legislação em vigor, mas sim nos eventuais desvios no entendimento desse papel das Forças Armadas, verificados em diversas oportunidades”; **l)** já o PSB preconizava um o papel limitado à defesa do País de ameaças estrangeiras. Interessante destacar, ainda, que o Senador Jamil Haddad, então líder do PSB, ao afirmar que as Forças Armadas, a nível interno, não deveriam mais ter uma atuação tutelar sobre a sociedade, reconheceu que a implantação dessa nova concepção encontraria um obstáculo, o cidadão brasileiro, o qual, segundo o referido Senador, teria se acostumado a ver as “Forças Armadas como elemento de intervenção no tecido social”. (BRASIL, 1987b, p. 12-13)

Ressalte-se que, quanto ao assunto em tela, o Projeto de Constituição não trazia a redação que, ao final, acabou por vingar. O seu art. 247, por exemplo, não contemplava a expressão (“por iniciativa de qualquer destes”) hoje encontrada no art. 142, *caput*, da Carta de 1988. Vejamos a redação originalmente prevista no Projeto:

Art. 246. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República.

Parágrafo único. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Art. 247. As Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.

Parágrafo único. Cabe ao Presidente da República a direção da política de guerra e a escolha dos Comandantes-Chefes. (BRASIL, 1987a)

No entanto, o Substitutivo às emendas de Plenário, aprovado pela Comissão de Sistematização, passou a mencionar algo bem parecido com a aludida frase:

Art. 160. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade

suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, *por iniciativa de um destes, da lei e da ordem*.

§ 1º. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. (BRASIL, 1987c, grifo nosso)

Nota-se que a redação prevista no art. 160, *caput*, do Substitutivo em muito se assemelha à que finalmente restou aprovada em 1988.

Newton Rodrigues, em artigo publicado na Folha de São Paulo, em 2 de setembro de 1987, sob o título *As Forças Armadas e sua função institucional*, corrobora a opinião de que o Judiciário de então, apesar de formalmente independente, ainda não havia alcançado o *status* institucional atual, tanto que, ao comentar a o debate travado acerca da controvertida expressão (“por iniciativa de qualquer destes”), demonstrou, por via oblíqua, o papel que as Forças Armadas exerciam naquela ocasião:

O artigo do substitutivo Bernardo Cabral, que tanta celeuma causa é suscetível de melhor redação. Mas está sendo atacado no que tem de melhor, no seu conteúdo fundamental e imprescindível, consistente em negar aos militares a atribuição incontrolável de intérprete da lei (função do Judiciário) e em sujeitar sua atuação coercitiva ao pedido dos poderes constitucionais. (RODRIGUES, 1987)

Após intensas disputas na Constituinte, a expressão “por iniciativa de qualquer destes”, ora prevista no art. 142, *caput*, da Constituição de 1988, foi finalmente aprovada, conforme relata a matéria publicada em 13 de abril de 1988, na Folha de São Paulo, de autoria de Dalton Moreira:

Apenas os partidos de “esquerda” foram contra a aprovação do artigo que regulamenta o papel constitucional das Forças Armadas. Por 326 a 102 votos e cinco abstenções, o plenário do Congresso constituinte manteve ontem o texto da Comissão de Sistematização (idêntico ao do Centrão) que permite aos militares defender o território nacional, garantir os poderes constitucionais e, por iniciativa de um destes (referência aos três Poderes), a lei e a ordem. [...].

Se manteve a tutela militar porque a extensão da expressão ‘da lei e da ordem’ é muito abrangente. Pode ser tanto uma intervenção numa greve quanto um golpe militar”, disse o deputado José Genoíno (PT-SP), autor da tentativa de restringir os poderes das Forças Armadas.

Sua emenda, que reproduzia integralmente o texto da ex-comissão de Estudos Constitucionais presidida pelo hoje senador Afonso Arinos (PFL-RJ), limitava a ação dos militares à defesa da ordem constitucional. (MOREIRA, 1988, p. 6)

Diante do quadro constitucional desenhado a partir da Constituição de 1988, entendemos como pertinente a introdução da referida expressão, de modo a não deixar qualquer margem de dúvida quanto ao papel das Forças Armadas no que se refere à garantia da lei e da ordem, atuação absolutamente atrelada à iniciativa dos poderes constituídos, conforme trataremos em seguida.

5 DO EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NA DEFESA NACIONAL E NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

Com efeito, e após intensos debates, dispõe o art. 142 da Carta vigente que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. A Constituinte também determinou que as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas fossem estabelecidas através de Lei complementar (BRASIL, 1988, art. 142).

As Forças Armadas, desde a Constituição de 1891, sempre foram empregadas na garantia da lei e da ordem (GLO), missão que se manteve, como vimos, na Carta atual. A despeito dessa tradição, por conta do comando inserto no art. 142, § 1º, da Lei Maior, foi preciso, para se evitar que antigos episódios se repetissem, que o papel das Forças Armadas, particularmente quanto à garantia da lei e da ordem, estivesse devidamente delineado e em perfeita consonância com os contornos próprios de um Estado Democrático de Direito, inviabilizando, portanto, qualquer possibilidade de ação *ex officio*.

Assim, objetivando balizar de vez o emprego das Forças Armadas em missões dessa natureza, a regulamentação do art. 142, § 1º, da Constituição de 1988 deu-se através da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, nos termos da qual o Ministro da Defesa exerce a direção superior das Forças Armadas,

competindo-lhe, além das demais competências previstas em lei, formular a política e as diretrizes referentes aos produtos de defesa empregados nas atividades operacionais, inclusive armamentos, munições, meios de transporte e de comunicações, fardamentos e materiais de uso individual e coletivo (art. 11-A), sendo assessorado pelo Conselho Militar de Defesa, órgão permanente de assessoramento, pelo Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e pelos demais órgãos, conforme definido em lei (art. 9º).

Ademais, o art. 15 da citada Lei Complementar assevera que o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro da Defesa a ativação de órgãos operacionais. Da mesma forma, o parágrafo 1º do mesmo art. 15 confere ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. Ademais, nos termos art. 15, § 2º, a atuação das instituições militares na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, depois de esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

Ao tratar do tema *garantia da lei e da ordem*, a Estratégia Nacional de Defesa, aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008), estabelece como importante providência compatibilizar a legislação e adestrar meios específicos das Forças Armadas para o emprego *episódico* dessas missões, tudo em sintonia com os exatos termos da Constituição Federal. Isso evidencia que a atuação das Forças Armadas, no plano atual, encontra-se constitucional e legalmente delineada.

Consoante dispõe o Livro Branco de Defesa Nacional (BRASIL, 2012a), a expressão *defesa nacional* pode ser caracterizada como o conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas.

Por sua vez, conforme previstos na Política Nacional de Defesa, aprovada pelo

Decreto nº 5.484, de 30 de junho de 2006 (BRASIL, 2006), os objetivos nacionais de defesa são: garantir a soberania, o patrimônio nacional e a integridade territorial; defender os interesses nacionais e as pessoas, os bens e os recursos brasileiros no exterior; contribuir para a preservação da coesão e da unidade nacionais; contribuir para a estabilidade regional; contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais; intensificar a projeção do Brasil no concerto das nações e sua maior inserção em processos decisórios internacionais; manter Forças Armadas modernas, integradas, adestradas e balanceadas, e com crescente profissionalização, operando de formas conjunta e adequadamente desdobradas no território nacional; conscientizar a sociedade brasileira da importância dos assuntos de defesa do País; desenvolver a indústria nacional de defesa, orientada para a obtenção da autonomia em tecnologias indispensáveis; estruturar as Forças Armadas em torno de capacidades, dotando-as de pessoal e material compatíveis com os planejamentos estratégicos e operacionais; e desenvolver o potencial de logística de defesa e de mobilização nacional.

Nota-se que a atuação das Forças Armadas, consoante o arcabouço normativo citado (Constituição Federal, Lei Complementar nº 97/99, Estratégia Nacional de Defesa, Livro Branco de Defesa Nacional, Política Nacional de Defesa) encontra-se muito bem definida, o que não ocorria em tempos passados, quadro que permitiu uma verdadeira guinada na concepção estratégica das instituições marciais.

Tendo em vista a importância dos quais se revestem, os três últimos documentos norteadores da atuação das Forças Armadas foram lembrados, inclusive, pelo General Enzo Martins Peri, por ocasião de seu discurso de despedida do Comando Exército Brasileiro, em 5 de fevereiro de 2015, ora sintetizado:

Alinhados com a Política Nacional de Defesa, a Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa criamos uma nova Concepção Estratégica para o Exército. Avançamos na direção de uma nova Doutrina de emprego da Força, assentada em interoperabilidade, interagência e preparação por capacidades. Passamos a atuar no espaço cibernético. Buscamos novas formas de racionalização e valorização dos nossos Recursos Humanos. Enfim, escalamos novo patamar na busca de novas estruturas, novos materiais, nova doutrina e novas competências. Damos passos largos e seguros para que a Força Terrestre ingressasse na Era do Conhecimento - condição imposta pela crescente estatura do Brasil no cenário internacional. (BRASIL, 2015)

A propósito, cumpre destacar que o Comandante Enzo, em nenhuma linha sequer de seu discurso, teceu qualquer comentário de natureza política, o que apenas reforça o nosso entendimento de que as Forças Armadas conhecem o importante lugar que ocupam no quadro institucional brasileiro.

Tal modo de proceder certamente faz parte da ordem do dia do atual Comandante do Exército, General Villas Bôas, o qual, quando ainda ocupava o Comando Militar do Amazonas, ao conferenciar na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado Federal, na série de audiências públicas realizadas para debater os *Rumos da Política Externa 2011-2012*, cujo 3º Ciclo tratou da questão inerente à Defesa Nacional, afirmou que “apesar de a questão fronteiriça ser uma das preocupações do governo [...] poderemos caminhar numa direção bastante complexa [...], se não anteciparmos uma série de providências em algumas áreas da nossa fronteira”, tendo registrado, inclusive, “que o Brasil, em vias de se tornar a quinta economia do mundo, é um ator global que tenta desenvolver capacidades em todos os campos de projeção de poder, mas ainda possui metade do seu território não ocupado e não integrado à dinâmica do desenvolvimento nacional”. (BRASIL, 2012b, p. 123)

Diante desse amplo mapa normativo, pode-se afirmar que, nos termos do art. 142, *caput*, da Constituição em vigor, as Forças Armadas cumprem um duplo papel. No plano principal, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais. Secundariamente, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, garantem a lei e a ordem, o que somente acontecerá subsidiariamente, ou seja, quando verificada a impossibilidade de os órgãos de segurança pública (BRASIL, 1988, art. 144) fornecerem uma resposta à demanda constatada, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei Complementar nº 97/99 (BRASIL, 1999). Por conseguinte, o emprego das Forças Armadas em missões de GLO deve ser entendido como algo excepcional, passível de acontecer somente em situações que efetivamente fogem à ação dos órgãos de segurança pública, pela razão simples de que tal atuação, nos termos da lei de regência, deve ser subsidiária. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva:

Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é de competência primária das forças de segurança pública, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal. Sua interferência na defesa da lei e da ordem dependem, além do mais, de convocação dos

legítimos representantes de qualquer dos poderes federais: Presidente da Mesa do Congresso Nacional, Presidente da República ou Presidente do Supremo Tribunal Federal. Ministro não é poder constitucional. Juiz de Direito não é poder constitucional. Juiz Federal não é poder constitucional. Deputado não é poder constitucional. Senador não é poder constitucional. São simples membros dos poderes e não os representam. (SILVA, 2005, p. 772)

Assim, considerando a missão (excepcional e sempre subsidiária) conferida pelo art. 142, § 1º, da Constituição às Forças Armadas, bem como a disciplina assentada na Lei Complementar nº 97/99, o Poder Executivo editou o Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, através do qual foram fixadas as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, matéria de competência exclusiva do Presidente da República (art. 2º), sendo que tal decisão presidencial poderá ocorrer por sua própria iniciativa, ou dos outros poderes constitucionais, representados pelos Presidentes do STF, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1988, art. 2º, § 1º).

Em necessária adição, prescreve o art. 3º do mencionado decreto que, no caso de atuação das Forças Armadas em missões dessa natureza, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso dedicados (BRASIL, 1988, art. 144), lhes incumbirá, sempre que se faça indispensável, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência (constitucional e legal) das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico.

Em perfeito arremate, o parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 3.897/01 preceitua que “consideram-se esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional”. Reforçando ainda mais a ideia de subsidiariedade inerente ao tema, dispõe o art. 5º do citado decreto que o emprego das Forças Armadas na GLO deverá ser *episódico*, em área previamente definida e ter a menor duração possível.

Cite-se, como exemplo da atuação das Forças Armadas em cumprimento de missão de GLO, o seu contemporâneo emprego no *Complexo da Maré*, localizado no Rio de Janeiro, um conjunto de 15 comunidades onde residem cerca de 130

mil pessoas, o que se dá com amparo no art. 142, § 1º, da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 97/99, no Decreto nº 3.897/01, bem como na Diretriz Ministerial nº 9, assinada pelo Ministro da Defesa, que autoriza as Forças Armadas a realizarem patrulhamento, abordagens, revistas e prisões em flagrante.

6 DA AMPLA SUBORDINAÇÃO ATUAL DAS FORÇAS ARMADAS AOS PODERES CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL AO PODER JUDICIÁRIO

Pontuamos, antes, quão regrada é atuação das Forças Armadas em missões de garantia da lei e da ordem. Incogitável, portanto, que o emprego militar ocorra ao alvedrio de algum Comandante de Força. Isso decorre da ampla subordinação (constitucional e legal) das Forças Armadas aos *poderes constitucionais*, e não aos integrantes dos mesmos, inexistindo, portanto, o vácuo jurídico de outrora, de modo que hoje é quase impossível imaginar os militares ostentando o poder político de ocasiões passadas, lacuna que, de certa forma, permitia as diversas intervenções experimentadas em momentos de crise, quando os castrenses, literalmente, tomavam (*ex officio*) as rédeas da situação, muitas das vezes, importante registrar, estimulados por lideranças civis de então, para as quais a atuação marcial era por demais conveniente, seja para a manutenção do poder (pelo governo), seja para a sua destituição (pelos opositores).

É também a opinião de Maria Celina D'Araujo (2009), para quem a antiga experiência brasileira de envolver as Forças Armadas na política e no combate político estigmatizou profundamente as instituições militares, cicatriz institucional que, diga-se de passagem, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) fez questão de aprofundar, nomeadamente ao recomendar, no seu relatório final o seguinte:

O conteúdo curricular dos cursos ministrados nas academias militares e de polícia deve ser alterado, considerando parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Educação (MEC), a fim de enfatizar o necessário respeito dos integrantes das Forças Armadas e dos órgãos de segurança pública aos princípios e preceitos inerentes à democracia e aos direitos humanos. Tal recomendação é necessária para que, nos processos de formação e capacitação dos respectivos efetivos, haja o pleno alinhamento das Forças Armadas e das polícias ao Estado democrático de direito, com a supressão das referências à doutrina de segurança nacional. (BRASIL, 2014)

Definitivamente, a CNV desconhece o amplo mapa normativo (constitucional e infraconstitucional) acima elencado, derivado, na essência, de decisão soberana emanada da Assembleia Nacional Constituinte, a qual, como visto, deliberou e inseriu, no art. 142, *caput*, da Carta de 1998, uma expressão (“por iniciativa de qualquer destes”) que tornou as Forças Armadas absolutamente subordinadas aos poderes constitucionais, inviabilizando práticas interventivas de outrora, quando, não raro, os governos civis eram o primeiro a incentivar a insubordinação e a quebra da hierarquia e da disciplina, valores tão caros para os militares. Nesse sentido, discorrendo sobre o comportamento (antecedente à eclosão do movimento político-militar de 1964) adotado por Jango, Fernando Henrique Cardoso, em entrevista ao *site* UOL Notícias, em 30 de março de 2014, anotou:

A situação era de impossibilidade de alguma solução. Jango fez um erro enorme que foi permitir a quebra de hierarquia de militar. Quebrou a hierarquia, como é que se faz? Quem é que segura a tropa? Ele quebrou [a hierarquia] no tribunal dos sargentos (revolta dos sargentos em Brasília, em 1963), que ele foi lá e fez discurso aos sargentos. Os generais, os coronéis, os oficiais ficaram com medo. Jango foi ficando num beco sem saída. (CARDOSO, 2014)

O desfecho daquele ano de 1964, quando as Forças Armadas instauram o Regime Militar, todos nós o sabemos e está devidamente registrado na história. No entanto, é possível dizer que, com o advento da Constituição de 1988, as Forças Armadas deixaram de intervir na vida constitucional e se restringiram ao seu papel clássico, próprio de um Estado Democrático de Direito, como, aliás, foi o desejo de Castello Branco ao instituir os fundamentos ideológicos do movimento político-militar de 1964, segundo, inclusive, reconhece o insuspeito jornalista A. C. Scartezini (2015):

Ao assumir o poder, o Marechal Castello Branco providenciou uma reforma nas Forças Armadas que criou a chamada expulsória: a partir dos 70 anos, os militares passam à reserva automaticamente.

Além da idade, duas providências abreviaram a carreira de generais: nenhum oficial podia ser general por mais de 12 anos; e cada um dos três graus do generalato devia renovar anualmente um quarto de seu quadro. [...]. Os coronéis deviam permanecer na patente por pelo menos sete anos, mas não mais do que nove.

A ideia era castrar o amadurecimento de lideranças internas entre militares [...]. (SCARTEZINI, 2015)

Assim, não há como negar a evolução institucional vivenciada pelas Forças Armadas de hoje, cuja subordinação constitucional aos poderes constituídos não permite mais o seu emprego como mecanismo de solução política.

Afinal, como bem advertiu o Ministro Celso de Mello, quando de sua posse na Presidência do STF, em 22 de maio de 1997 (BRASIL, 1997), as crises políticas devem ser solucionadas dentro do quadro normativo delineado pelo ordenamento constitucional, com os instrumentos jurídicos nele previstos e com fundamento exclusivo no predomínio da Constituição e das leis, o que confere ao Judiciário como um todo, e em particular ao STF enquanto guardião do Texto Magno, um relevante papel, assim desenhado por Celso de Mello, Relator do Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Tribunal Pleno, julgamento em 4 de outubro de 2007:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. (BRASIL, 2007)

Na mesma linha de dicção, Fernando Henrique Cardoso, em entrevista à Revista Esquerda 21, edição de janeiro de 1996, nº 1 (CARDOSO, 1996), assentou que as Forças Armadas já possuem uma noção a respeito de qual é o papel delas num Estado democrático. O mesmo ex-Presidente, em artigo (*“Chegou a hora”*) publicado no jornal Estadão, em 1º de fevereiro de 2015, ao analisar a crise (moral, política, econômica, energética, etc.) então vivida pelo país, assentou que:

Tudo isso é preocupante, mas não é o que mais me preocupa. Temo, especialmente, duas coisas: o havermos perdido o rumo da História e o fato de a liderança nacional não perceber que a crise que se avizinha não é corriqueira – a desconfiança não é só da economia, é do sistema político como um todo. [...].

Nada se consertará sem uma profunda revisão do sistema político e mais especificamente do sistema partidário e eleitoral. Com uma base fragmentada e alimentando os que o sustentam com partes do Orçamento, o governo atual não tem condições para liderar tal mudança. E ninguém em sã consciência acredita no sistema prevalecente. Daí minha insistência: ou há uma regeneração “por dentro”, governo e partidos reagem e alteram o que se sabe que deve

ser alterado nas leis eleitorais e partidárias, ou a mudança virá “de fora”. *No passado, seriam golpes militares. Não é o caso, não é desejável nem se vêem sinais.*

Resta, portanto, a Justiça. Que ela leve adiante a purga; que não se ponham obstáculos insuperáveis ao juiz, aos procuradores, aos delegados ou à mídia. Que tenham a ousadia de chegar até aos mais altos hierarcas, desde que efetivamente culpados. Que o STF não deslustre sua tradição recente. E, principalmente, que os políticos, dos governistas aos oposicionistas, não lavem as mãos. Não deixemos a Justiça só. Somos todos responsáveis perante o Brasil, ainda que desigualmente. Que cada setor político cumpra a sua parte e, em conjunto, mudemos as regras do jogo partidário eleitoral. Sob pena de sermos engolfados por uma crise que se mostrará maior do que nós. (CARDOSO, 2015, grifo nosso)

Vê-se, portanto, que FHC reconhece que a atual conjuntura, diversamente do que ocorria no passado, impede que os militares resolvam adotar alguma solução golpista para os graves problemas que atingem o país, justamente por estarem absolutamente compromissados com os alicerces de um Estado Democrático de Direito.

Questionada quanto à distinção entre os comandantes militares da época do Regime Militar e os atuais, Maria Celina D’Araujo situou a seguinte distinção:

O que observamos entre os comandantes militares atuais é uma diferença abissal. Hoje os comandantes militares têm uma ideia de profissionalismo muito mais forte, eles não têm um projeto político, são servidores do Estado e obedecem ao governo democrático de direito e à Constituição. Não se apresentam mais como atores políticos, que podem ter um projeto próprio ou falar em nome de um setor. É uma mudança muito grande e positiva que indica o fortalecimento da democracia no Brasil. As democracias têm como característica a subordinação dos militares ao poder civil e democrático. Isso dá mais segurança ao regime democrático. (D’ARAUJO, 2009)

7 CONCLUSÃO

A partir da análise do amplo conjunto de dados pesquisados, é possível traçar o seguinte panorama sobre o assunto versado no presente artigo.

Em primeiro lugar, está devidamente comprovado que as Forças Armadas atuaram efetivamente, mormente a partir da Proclamação da República, como instrumento de estabilização.

À relevante importância institucional das Forças Armadas somava-se, ao reverso, certo desprestígio do Poder Judiciário, um poder que, de algum modo, pouca ou nenhuma voz possuía no cenário estatal.

Ressalte-se, ademais, que o emprego das instituições militares enquanto instrumento de estabilização política não se dava ao arrepio da Constituição. A análise das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, permite concluir, a partir de uma interpretação consentânea com as respectivas realidades históricas, que tal emprego era, de um modo geral, constitucionalmente válido, bem como convenientemente interessante para o homem político, inclusive para os políticos militares. Assim, não há como afirmar que tal manejo, absolutamente impensável nos dias atuais, ocorresse em afronta aos Textos Magnos.

Corroborar a afirmação que acabamos de fazer o fato de que a Assembleia Nacional Constituinte preocupou-se em consagrar ao dispositivo constitucional relativo à missão das Forças Armadas (BRASIL, 1988, art. 142) uma redação diferente daquelas previstas nas Constituições anteriores.

Ora, como cediço, a lei não contém palavras em vão. Se a Constituinte foi tão marcada por debates a respeito do tema, isso certamente decorreu, conforme atestam os recortes jornalísticos mencionados no texto, da pretensão de se sepultar de vez a experiência militar enquanto fato de equilíbrio político. Essa ilação, a nosso ver, é bastante ponderável, mormente se considerarmos que, desde 1988, cujo art. 142, com nova roupagem, subordina as Forças Armadas aos poderes constitucionais, não se observa mais tal emprego.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Decreto nº 641, de 3 de novembro de 1891b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D641.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- _____. Decreto nº 3.897, de 24 agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- _____. Decreto nº 5.484, de 30 junho de 2006. Política Nacional de Defesa. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/END-PND_Optimized.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.
- _____. Decreto nº 6.703, de 18 dezembro de 2008. Estratégia Nacional de Defesa. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/projetosweb/estrategia/arquivos/estrategia_defesa_nacional_portugues.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2015.
- _____. Emenda Constitucional nº 1, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- _____. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- _____. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Constituição (do Relator Bernardo Cabral), v. I. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Jul. 1987a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-223.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

-
- _____. Câmara dos Deputados. *Jornal da Constituinte*, n. 1, 1º jun. 1987. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987b. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/103487>>. Acesso em 12 mar. 2015.
- _____. Substitutivo do Relator. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Set. 1987c. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf>>. Acesso em 30 jan. 2015.
- _____. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório Final, Parte V, Conclusões e Recomendações*. 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Parte_5.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2015.
- _____. Ministério da Defesa. *Livro Branco de Defesa Nacional*. 2012a. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/arquivos/2012/mes07/lbdsn.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2015.
- _____. *Palavras de Despedida do Comandante do Exército, General de Exército Enzo Peri*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.defesanet.com.br/terrestre/noticia/18145/Gen-Enzo-Peri---Discurso-de-Despedida-/>>. Acesso em: 6 fev. 2015.
- _____. Senado Federal. *Diplomacia e defesa: uma missão constitucional ativa do parlamento*. Brasília: Senado Federal, 2012b, p. 123-125. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243014/00050.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 28 fev. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Discurso de Posse do Ministro Celso de Mello na Presidência do STF*. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/210995/PDF/210995.pdf#search=%27210995%20210995%27>>. Acesso em: 4 fev. 2015.
- _____. *Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Tribunal Pleno, julgamento em 4 out. 2007. Relatoria do Ministro Celso de Mello*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 29 jan. 2015.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Chegou a hora*. Artigo publicado no jornal *Estadão*, 1º fev. 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,chegou-a-hora-imp-,1627774>>. Acesso em: 15 fev. 2015.
- _____. *Além dos militares, não sei qual força poderia impor uma situação nova*. Entrevista concedida ao site UOL Notícias em 30 mar. 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/03/30/fhc-nao-sei-qual-forca-que-poderia-alem-dos-militares-impor-uma-situacao-nova.htm>>. Acesso em: 5 fev. 2015.
- _____. *Entrevista concedida à Revista Esquerda 21*, nº 1, jan. 1996.
- D'ARAUJO, Maria Celina. *O papel das Forças Armadas no Brasil e na América Latina*. 28 nov. 2009. Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/print.asp?cod_noticia=13821&cod_canal=41>. Acesso em: 4 fev. 2015.
- DREIFUSS, R. A.; DULCI, O. S. *As forças armadas e a política*. In: SORJ, B.; ALMEIDA, M. H. T., (Org.). *Sociedade política no Brasil pós-61* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 132-181. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/b4km4/pdf/sorj-9788599662632-05.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

FAORO, Raymundo. Democratização e Forças Armadas. Revista Senhor, n. 185, 3 out. 1984, São Paulo, p. 1-5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

O GLOBO. Forças armadas debatem seu papel na constituição, 14 jan. 1986, p. 3. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114532/1986_JAN%20a%20JUL_008.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 jan. 2015.

MOREIRA, Dalton. Constituinte mantém atribuições das Forças Armadas. Folha de São Paulo, 13 abr. 1988, p. 6. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108099/1988_10%20a%2015%20de%20Abril_%20068b.pdf?sequence=3>. Acesso em: 30 jan. 2015.

NOBLAT, Ricardo. Anistia não é o alvo de Leônidas. Jornal do Brasil, 29 ago. 1987, p. 5. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127872/Agosto%201987%20-%200555.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

PÉREZ, José Lorenzo. Democracia limitada y poder militar. Nueva Sociedad, n. 47, mar./abr. 1980, p. 5-13. Disponível em: <http://www.nuso.org/upload/articulos/708_1.pdf>. Acesso em 30 jan. 2015.

RODRIGUES, Newton. As Forças Armadas e sua função institucional. Folha de São Paulo, 2 set. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127512/Setembro%2087%20-%200027.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30 jan. 2015.

SCARTEZINI, A. C. Rara Lição da Ditadura, O Globo, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/rara-licao-da-ditadura-16229204>>. Acesso em 1 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ligia Osório. Desenvolvimentismo e intervencionismo militar. E-premissas: Revista de Estudos Estratégicos. Dossiê Dreiffuss, n. 1, jun./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/nee/epremissas/pdfs/01.07.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

O PRECONCEITO LINGUÍSTICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA À LUZ DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS E DA ECOLINGUÍSTICA

Tadeu Luciano Siqueira Andrade¹

Resumo: Este artigo é resultado de uma pesquisa acerca dos direitos linguísticos no Brasil e no mundo, sobretudo quando se trata das atrocidades e do preconceito linguístico, considerando as atrocidades por que passaram os indígenas no processo de colonização. Adotando os pressupostos teórico-metodológicos das pesquisas bibliográfica e doutrinária, foram consultados dispositivos constitucionais, tratados e convenções acerca dos direitos linguísticos, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos e Humanos e dos Direitos Universal dos Direitos Linguísticos a fim de analisar a linguagem do ponto de vista jurídico. Considerando os teóricos consultados e a história do português no território brasileiro, evidenciou-se que o Brasil enfrentou uma ditadura linguística e a implantação do português, como língua oficial, que se confunde uma imposição ou até mesmo glotocídio. Necessita-se, portanto, de implantação e efetivação de políticas públicas jurislinguísticas, visando à erradicação do preconceito linguístico nefasto à convivência social e ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: crime linguístico; ditadura linguística; glotocídio; linguagem; políticas públicas.

LINGUISTIC PREJUDICE IN BRAZIL: A HISTORICAL ANALYSIS IN LIGHT OF LINGUISTIC RIGHTS AND ECOLINGUISTICS

¹ Advogado e professor da Universidade do Estado da Bahia, curso de Direito, Campus IV, pós-doutor em Linguística aplicada aos contextos forenses, autor de livros e vários capítulos em livro e artigos científicos.

Abstract: This article is the result of research on linguistic rights in Brazil and worldwide, particularly regarding atrocities and linguistic prejudice, considering the atrocities suffered by Indigenous people during the colonization process. Adopting the theoretical and methodological assumptions of bibliographical and doctrinal research, constitutional provisions, treaties, and conventions on linguistic rights, such as the Universal Declaration of Human Rights and the Universal Declaration of Linguistic Rights, were consulted to analyze language from a legal perspective. Considering the theorists consulted and the history of Portuguese in Brazil, it became clear that Brazil faced a linguistic dictatorship and the establishment of Portuguese as an official language, which is seen as an imposition or even glottocide. Therefore, it is necessary to implement and enforce public jurislinguistic policies aimed at eradicating linguistic prejudice that is harmful to social coexistence and the democratic rule of law.

Keywords: linguistic crime; linguistic dictatorship; glottocide; language; public policies.

1. INTRODUÇÃO

A língua portuguesa no Brasil está associada a um período da história marcada por transformações sociohistóricas e culturais que mostram diversas línguas convivendo na mesma comunidade de fala, propiciando a interação. A língua se concretiza em diferentes formas a depender do contexto e das circunstâncias que permeiam a interação. A convivência das diferentes línguas aqui no Brasil restou páginas de nossa história que devem ser analisadas de forma crítica reflexiva, haja vista os combates dos portugueses contra as línguas indígenas e africanas. Nas palavras de José Honório Rodrigues (1985), não havia paz cultural, nem paz linguística. Havia, portanto, um permanente estado de guerra. De Pombal, quando impôs a língua portuguesa como língua oficial brasileira aos dias atuais, a história do português no Brasil está vinculada mais à dominação do que a comunicação, e, a cada momento, os direitos linguísticos são violados, resultando em um preconceito que estigmatiza o falante, exclui do processo social.

Partindo dessas considerações, analisamos a língua em momentos distintos da história linguística brasileira e as implicações dos Direitos Linguísticos e da Ecolinguística, considerando a relação língua e espaço.

A metodologia adotada para este artigo conste em uma pesquisa bibliográfica, considerando livro, artigos, teses, dissertações acerca do tema, como também a análise jurídica de documentos que tratam das questões inerentes à linguagem,

por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (DUDL), Constituição Federal (CF/1988) e outros.

Dividimos o trabalho em três seções. Na primeira seção, apresentaremos uma visão histórica do português no Brasil. Na segunda, trataremos dos direitos linguísticos no Brasil e os aspectos jurídicos da língua no Brasil, analisando alguns dispositivos legais. Na terceira, enfocaremos a Ecolinguística e suas contribuições para o estudo da língua como a própria interação. Em seguida, apresentando as nossas considerações finais.

Os resultados obtidos servirão para debates acerca da relação direito e linguagem, reconhecendo a linguagem como um direito humano e fundamental. Espera-se que, a partir das reflexões advindas desta pesquisa o Estado dará um tratamento jurídico ao preconceito linguístico tão presente no Brasil.

2. O PORTUGUÊS NO BRASIL: UM GLOTOCÍDIO

O termo *glotocídio*, na Linguística, foi cunhado por Louis-Jean Calvet, para se referir à extinção deliberada de uma língua, frequentemente como resultado de políticas, visando à imposição de outra língua, geralmente no contexto de dominação colonial ou conflitos. Esse conceito trata da violência linguística e a relação entre língua e poder.

A implantação do português no Brasil associa-se ao extermínio dos povos indígenas. Devido a esse genocídio, centenas de línguas indígenas desapareceram. Antes de os portugueses aqui chegarem, existiam cerca de 1.200 povos indígenas, falantes de aproximadamente mil línguas. Com a chegada dos africanos de diversas culturas e de diferentes regiões, a diversidade étnico-linguística brasileira tomou uma dimensão maior, resultando em uma pluralidade linguístico-cultural. Considerando os interesses políticos e comerciais de Portugal, algumas medidas foram tomadas para o extermínio das línguas indígenas e africanas faladas no território brasileiro. Entre essas medidas, destacamos a proibição do uso da língua geral e a imposição do português como língua oficial.

As línguas indígenas passaram por um declínio. As reformas político-administrativas realizadas pelo Marquês de Pombal impuseram o português, sobretudo, para a erradicação das línguas indígenas, uma vez que, no Amazonas, essas línguas estavam em expansão.

Referindo-se às línguas africanas no Brasil, desde a saída dos escravos na África já existia a segregação linguística. Os falantes de uma mesma língua eram separados. Ao chegarem aqui, eram obrigados a aprender o português para interagir entre eles e os brancos. A partir de 1560, o tráfico de escravos africanos é intensificado no Brasil, e cerca de 300 línguas africanas juntam-se ao português e às línguas indígenas.

2.1. Uma ditadura linguística

Segundo Nina Rodrigues (1977), os negros recém-chegados da África eram obrigados a aprender duas línguas: o português para a comunicação entre os brancos e os negros nascidos no Brasil e a língua africana para a interação entre eles mesmos. As etnias eram misturadas para dificultar a comunicação entre eles e evitar rebeliões. Também eram renomeados, ou seja, perdiam seus nomes de origem, eram lhes impostos prenomes lusitanos. Por isso, Nina Rodrigues considera que houve um processo representado pelo binômio perda/aquisição, pois “perdiam” suas línguas de origem e adquiriam outras. Todo esse processo resultou em uma ditadura linguística. Era mais um genocídio linguístico do que uma unificação linguística.

Havia um sincretismo linguístico, os africanos incorporavam palavras do português ou do tupi aos dialetos africanos, pois não podiam adotar no Brasil uma das línguas nativas ou africanas. “Falam uma língua toda sua, às vezes parecendo da Guiné ou de Angola, outras parecendo português e tupi, mas não é nenhuma dessas, e sim outra nova.” (Freitas, 1984, p. 41).

Apesar de os índios e escravos terem sua própria língua, era lhes necessário intérprete quando falavam com os colonizadores. Para que os portugueses dominassem o Brasil, reconheceu-se a língua portuguesa como língua oficial, oprimindo-se os falares não europeus. Essa opressão era *conditio sine qua non* para a manutenção do poder, marcado pelos intérpretes determinados pelas autoridades político-administrativas. Silva Neto (1951) enfatiza dois fatos importantes: i) a discriminação e a subalternidade linguísticas na colônia, por exemplo, as missas eram celebradas em português, embora os cristãos não conhecessem tal língua; ii) O governador do Maranhão em 1720 determinou aos jesuítas que “dessem palmatoadas” aos nativos que falassem o tupi.

Em 1757, Marquês de Pombal expulsa os jesuítas e determina o uso obrigatório do português no Brasil. O Senado do Espírito Santo determinou que apenas a língua portuguesa fosse falada sob pena de prisão, porém, não se sabe se a proibição se referia apenas ao senado ou à província (Silva Neto, 1951). Gilberto Freyre (1996) mostra a preocupação dos senhores de engenho em relação ao conflito linguístico dos filhos, para a língua não se transformar, devido ao contato com mucamas. Nos colégios, era flagrante tal preocupação dos jesuítas com os fenômenos linguísticos, por exemplo, rotacismo (troca de fonemas: prato>*plato*), metástese (troca de posição dos fonemas: estrela>estelar) iotização (redução da palatal: mulher > *muler*), apagamento do /r/ final (mulher > *mulhé*) e outros. Freyre (1996, p. 78) denomina de “policiamento linguístico”.

Durante o período de imposição do português no Brasil, não foram poucas as reações daqueles que tiveram seu patrimônio linguístico-cultural espoliado.

Numa sociedade dividida em castas, em raças, classes, mesmo quando é evidente o processo de unificação da língua, especialmente num continente como o Brasil, onde durante três séculos combateram várias línguas indígenas e negras contra uma branca, não havia nem paz cultural, nem paz lingüística. Havia, sim, um permanente estado de guerra. (...) O processo cultural que impôs uma língua vitoriosa sobre as outras não foi assim tão pacífico, nem tão fácil. Custou esforços inauditos, custou sangue de rebelados, custou suicídios, custou vidas (Rodrigues, 1985, p. 42)

A linguagem bloqueia o acesso do cidadão aos seus direitos e à defesa deles. Não havendo interação, não haverá comunicação, e a linguagem passa a ser uma forma de opressão, resultando em um preconceito.

O preconceito linguístico no Brasil ocorre devido a três fatores:

1. Falta de conhecimento científico sobre como a língua funciona do ponto de vista da relação língua espaço e língua – falante.
2. Ausência de um currículo de formação de professores que oportunize ao profissional da educação básica, sobretudo a fundamental;
3. Inexistência de políticas linguísticas que visem à manutenção da língua com suas tradições culturais, políticas e ambientais.

Não se trata do “politicamente correto”, mas de uma consciência e educação linguísticas de que a língua só existe no uso a partir dos falantes. Morrendo o falante, consequente a língua morrerá.

2.2. Brasil independente e a questão linguística

No período pós-independência, houve a preocupação de unificar a língua, inspirada na ideia da identidade nacional. Foi desenvolvida uma política linguística preocupada com as mudanças da língua advindas do fluxo dos imigrantes não portugueses – alemães, italianos, poloneses que aqui se instalaram.

Havia os que defendiam uma língua brasileira, adotaram várias denominações, língua nacional, língua pátria, língua vernácula, idioma nacional e ainda a proposta de nomear a língua portuguesa falada no Brasil como língua brasileira, brasilina ou brasiliana, defende Pinto (1981). Em 1935, surgem movimentos nacionalistas autoritários que repercutiam pelo mundo. No Brasil, fora apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto nº 135, cuja proposta era definir legalmente o português falado no Brasil como língua brasileira. Essa definição se referia à língua culta. Opondo-se a esse projeto, um deputado argumentara que a língua brasileira não era a língua falada pelos “homens educados” do país no passado e no presente, segundo Carboni e Maestri (2006). Esses homens educados seriam aqueles escolarizados e detentores do poder político-econômico.

2.3. As línguas alóctones e a formação linguística brasileira

Línguas alóctones ou línguas de imigração são os idiomas externos introduzidos em uma região. Os imigrantes e seus descendentes enfrentaram uma violenta repressão linguístico-cultural durante o Estado Novo. Para Oliveira (2008), esse período marca a repressão às línguas alóctones, mediante o processo denominado de “nacionalização do ensino” que pretendeu selar o destino das línguas de imigração no Brasil, a exemplo do alemão e do italiano na região colonial dos estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Essas regiões apresentavam estrutura minifundiária e colonização propícias para a reprodução dessas línguas. Essa reprodução foi considerada pelo Estado como um “crime idiomático”. Houve por parte do Poder Público ocupação e desapropriação das escolas comunitárias, o fechamento de gráficas de jornais que editassem matérias

em alemão e italiano, sobretudo a perseguição, prisão e tortura de pessoas que falassem suas línguas maternas em público ou em suas casas.

Essas línguas passaram por um processo de regressão nas áreas urbanas, cujos falantes usaram-nas oralmente e na zona rural em interações restritas. Em Santa Catarina, foram montados campos de concentração, chamados de “áreas de confinamento”, para descendentes de alemães que insistissem em falar sua língua (Dall’alba, 1986).

Em 1946, uma Emenda Constitucional determinou que a nação incentivasse, mediante todos os meios, a universalização da língua portuguesa, objetivando assegurar a unidade linguística. Uma comissão foi composta por professores e jornalistas para definir que a língua portuguesa fosse o idioma nacional do Brasil. A língua é uma atividade social, resultante de variações socioculturais e econômicas, deve, portanto, adaptar-se às necessidades comunicativas de seus falantes, e não aos anseios políticos dos governantes. Não podemos definir uma modalidade linguística como universal.

2.4. O Português Brasileiro na Constituição de 1988

A expressão *português brasileiro* ou português do Brasil refere-se à variedade da língua portuguesa falada pelos brasileiros, opondo-se ao texto constitucional, no que diz respeito ao “Artigo 13: A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil” (Brasil, 1988). Considerando a relação entre língua e cidadania e o dispositivo constitucional, nos dá a entender que são cidadãos brasileiros apenas os falantes de língua portuguesa. Do ponto de vista linguístico-cidadão, como ficam os povos indígenas e os descendentes de escravos e os imigrantes que, nas suas interações, usam suas línguas?

Referindo-se aos indígenas, a Constituição assegura-lhes o direito às suas línguas, conforme apontam os dispositivos:

Artigo 210 [...]

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas **línguas** maternas e processos próprios de aprendizagem.

Artigo 231– São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, **línguas**, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Brasil, 1988) (Destaques nossos).

Por um lado, o Estado reconhece tais direitos; por outro, silencia-se no que se refere à efetivação deles. Tratando-se dos falantes de línguas de imigração e considerando a legislação vigente, evidenciamos que o tratamento jurídico dado às línguas indígenas não fora o mesmo concedido às línguas alóctones tampouco às africanas. As línguas de imigração são ensinadas no Brasil como línguas estrangeiras, não como interação, apesar de cujos falantes lutarem para manter suas tradições linguístico-culturais.

A linguagem dever ser vista como um direito que deve ser preservado a fim de propiciar o respeito à linguagem do outro. Daí a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA LÍNGUA NO BRASIL: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS

A Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (DUDL) também chamada de Declaração de Barcelona foi aprovada na conclusão da Conferência Mundial sobre Direitos Linguísticos (1996), em Barcelona, Espanha e elaborada em sintonia ao que foi recomendado na Declaração do Recife (1987) durante um congresso na Faculdade de Direito do Recife, da UFPE. A DUDL é um documento assinado pela UNESCO, PEN (clube), e por várias organizações não governamentais em 1996 visando à garantia dos direitos linguísticos, sobretudo os das línguas em extinção.

A língua é um bem jurídico que deve ser preservado, resguardando-se os direitos linguísticos de seus falantes. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), no Artigo 2º alínea “a” prevê que a língua é integrante do patrimônio cultural imaterial. O Preâmbulo da DUDL diz:

A situação de cada língua, tendo em conta as considerações prévias, é o resultado da confluência e da interação de uma multiplicidade de fatores: político-jurídicos; ideológicos e históricos; demográficos e territoriais; econômicos e sociais; culturais; linguísticos e sociolinguísticos; interlinguísticos; e, finalmente, subjetivos. (Unesco, 1996)

A Resolução 47/135, de 18/12/1992, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, adota a DUDH acerca dos direitos das pessoas integrantes das minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas. A DUDL reconhece o direito isonômico a todas as comunidades linguísticas e condena qualquer ato discriminatório:

Artigo 10.º 1. Todas as comunidades linguísticas são iguais em direito.
2. Esta Declaração considera inadmissíveis as discriminações contra as comunidades linguísticas baseadas em critérios como o seu grau de soberania política, a sua situação social, econômica ou qualquer outra, ou o nível de codificação, atualização ou modernização alcançado pelas suas línguas. (Unesco, 1996)

No âmbito internacional, há dispositivos que enfatizam a diversidade linguística, por exemplo, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, na 33ª reunião, celebrada em Paris em 2005, aprovou a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, inseriu no plano cultural, o reconhecimento legal dos diferentes povos e comunidades.

A atual Constituição no Artigo 215, expressa claramente que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Nesses direitos, destacamos a língua como a expressão viva de um povo, sendo, portanto, um traço distintivo do falante, seja no aspecto cultural, temporal e social. A Convenção explicitou dois objetivos e inseriu a diversidade linguística no rol de manifestação cultural nos itens 5 e 6 da Convenção:

5. Salvar o patrimônio linguístico da humanidade e apoiar a expressão, a criação e a difusão no maior número possível de línguas.
6. Fomentar a diversidade linguística - respeitando a língua materna – em todos os níveis da educação, onde quer que seja possível, e estimular a aprendizagem do plurilinguismo desde a mais jovem idade. (ONU, 2005)

É imprescindível analisar dois dispositivos da DUDH:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2º I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer

espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. ((Unesco, 1996).

Os direitos linguísticos parte da igualdade e da diferença expressas no Artigo 2º da DUDH, ao prever que “todos têm direito à diferença”. Essa diferença ocorre de uma pessoa para outra, de um contexto para outro, pois as palavras não significam por si mesmas, e sim pelos sentidos que lhes são atribuídos no contexto dos falantes que a usam. Assim dispõe a DUDL: “Artigo 7º– Todas as línguas são a expressão de uma identidade coletiva e de uma maneira distinta de apreender e descrever a realidade, pelo que devem poder beneficiar-se das condições necessárias ao seu desenvolvimento em todas as funções. (Unesco, 1996)

São inseparáveis e interdependentes os direitos linguísticos nas dimensões coletiva e individual, haja vista a língua ser uma atividade social e constituída na interação social da comunidade. Em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o primeiro documento normativo da Organização das Nações Unidas (ONU), que trata especificamente dos direitos das minorias tratando-se da proteção da etnia, língua, cultura e religião.

Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (ONU, 1966).

Devemos defender o direito à soberania linguística e o respeito à identidade linguística das comunidades de fala porque os direitos linguísticos são individuais e coletivos ao mesmo tempo, uma vez que:

Os direitos lingüísticos fazem parte dos direitos humanos fundamentais, tanto individuais como coletivos, e se sustentam nos princípios universais da dignidade dos humanos e da igualdade formal de todas as línguas. (...). No âmbito individual eles significam o direito de cada pessoa a “identificar-se de maneira positiva com sua língua materna, e que esta identificação seja respeitada pelos demais” (Phillipson, Skutnabb-Kangas e Rannut 1994, p. 2). No âmbito das comunidades lingüísticas, os direitos lingüísticos compreendem o direito coletivo de manter sua identidade e alteridade etnolingüísticas (Hamel, 2003: 51.).

E necessário considerar os direitos linguísticos em três bases: a) cultural: leva

em conta o contexto sociocultural dos falantes; b) interacional: possibilitada a comunicação entre os falantes de uma comunidade de fala; c) identitária: a língua é a identidade do falante. Essas bases são importantes para quaisquer análises linguística, pois elas são interdependentes.

3.1. A violação aos Direitos Linguísticos na atualidade

Apesar de existirem diversos instrumentos jurídicos que tratam do respeito à dignidade da pessoa humana tanto no âmbito internacional quanto nacional, ainda assistimos a situações de repercussão geral que violam os direitos linguísticos, por exemplo, a proibição ao direito de o indivíduo se expressar na sua própria língua. Para exemplificar, apresentamos dois casos de violação a esses direitos. Um no plano internacional, outro no nacional.

Caso 01:

Alfredo López Álvarez, membro de uma comunidade garífuna hondurenha, foi privado de sua liberdade pessoal a partir de 27 de abril de 1997, data de sua prisão por posse e tráfico ilícito de entorpecentes, permaneceu detido até 26 de agosto de 2003. Na prisão, o acusado fora proibido de se expressar na sua língua materna, espanhol. Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDHU) reconheceu que a igualdade perante a lei e de não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens*, ou seja, normas imperativas que impõem aos Estados obrigações objetivas que prevalecem sobre quaisquer normas. O caso Alfredo López constitui uma medida discriminatória e uma violação aos direitos humanos. Transcrevemos alguns fragmentos da sentença prolatada pela Corte IDHU:

Sentença de 1º de fevereiro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas).

No ano de 2001, uma equipe técnica do CODEH visitou o presídio de Tela para realizar uma oficina sobre os direitos humanos de prisioneiros. Naquela reunião conseguiu a organização dos indivíduos privados de liberdade e o senhor López Álvarez foi nomeado membro diretivo da organização. Por sua participação nesta organização, o senhor López Álvarez foi objeto de assédio e acoso, a ponto de ser proibido de se comunicar em sua própria língua. A testemunha afirmou que a língua que se costuma utilizar nas denúncias é o espanhol; os operadores

de justiça não falam as línguas das comunidades indígenas. O senhor Sánchez Chandias afirmou também que nas penitenciárias e nos centros de detenção pública **batem nos indígenas e negros quando falam sua própria língua, porque se presume que tramam algo; recomenda-se falar em espanhol.** (IDHU, 2006) (Destacamos).

Nos autos do processo, evidenciamos as relações de poder instituídas pela linguagem. Nesse caso, os não falantes de espanhol não defenderiam seus direitos e não teriam conhecimento do devido processo legal.

Caso 02:

Trata-se da decisão judicial nos autos da Ação Penal n. 2003.60.02.000374-2, tramitada na 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais – Justiça Federal – São Paulo, referente ao assassinato do cacique Marcos Verón. O Ministério Público requereu ao juízo que os depoimentos de vítimas e testemunhas indígenas fossem colhidos no idioma tupi-guarani, *kaiowá*, com assistência do intérprete, porém a magistrada indeferiu o pedido do *parquet*, tendo em vista os depoentes serem obrigados a se expressar na língua oficial do Estado brasileiro.

O art. 27 da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, concluído em Nova Iorque, em 1966) garante plenamente o direito à diversidade linguística, segundo Aras (2010). Diz a Convenção:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (ONU, 1966)

O direito de o indígena se expressar na sua língua respalda-se nos dispositivos: Artigos 231 e 210 da CF/88; Artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; Artigo 13 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Artigo 12 da Convenção 169 da OIT; Artigos II e XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem; Artigo 13, n. 1 do Pacto de São José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Linguísticos. Durante a sessão, o representante do Ministério Público fundamentou-se nos seguintes dispositivos:

Artigo 13 n. 1 e 2, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2003:

1. Os povos indígenas têm o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, **idiomas**, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los;

2. **Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse** direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados (ONU, 2003) (Destaques nossos).

A língua se instaura na interação e faz parte da vida de seus falantes em todos os aspectos. Como diz Scherre (2013, s/n), “falar faz parte do nosso cotidiano, de nossa vida”. A interação, mediante o uso de sua própria língua, individualiza o falante, constituindo-o como cidadão e sujeito de direito. A língua como um processo de interação e constituição do sujeito. Por isso, não possibilitar o falante expressar-se na sua própria língua é reduzi-lo a uma condição subumana. Analisando os dois casos, inferimos que não existiu apenas o preconceito linguístico, mas também uma tortura linguística, um tratamento desumano ou degradante.

As interações ocorrerem em um determinado espaço sócio geográfico, envolvendo os sujeitos com suas experiências e crenças. É importante, portanto, analisar a língua considerando os falantes, a situação comunicativa. Daí a interação os direitos linguísticos e a Ecolinguística.

4. A RELAÇÃO LÍNGUA, POVO E TERRITÓRIO: UMA ABORDAGEM À LUZ DA ECOLINGUÍSTICA

A Ecolinguística é definida como o estudo das relações entre língua e meio ambiente. Para compreender é Ecolinguística, é necessário partirmos de três perguntas, baseados em Couto (2009), a) que é língua? b) que é meio ambiente da língua? c) quais relações entre língua e meio ambiente? A língua não é apenas um conjunto de regras, mas também a maneira pela qual os membros da comunidade interagem entre e si e entre o mundo que os cerca.

O meio ambiente (MA) abrange dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O primeiro compreende as interações, atividades humanas, história e a cultura de modo geral, sobretudo, a língua; segundo integra os seres humanos e tudo o que se relaciona com a vida, sua manutenção e reprodução.

Por isso, há uma relação entre o meio ambiente e linguagem. O MA não se refere apenas ao espaço em si mesmo, mas também a todos os elementos que estão inseridos nesse espaço, incluindo as relações que ocorrem entre os homens e entre eles e o MA. Dentro do MA, há vários ecossistemas formados por uma população de organismos que convive e vive em um determinado território.

A Ecolinguística vai além da linguística. Enquanto esta estuda a língua a partir de sua estrutura e funcionamento dando conta dos fenômenos linguísticos considerando a estrutura e o funcionamento do sistema linguístico, aquela integra a língua e o MA em uma única área, analisando a língua sob três meios ambientes: o natural, o social e o mental, haja vista esses três MAs interagirem. A Ecolinguística é inclusiva, não exclusiva. Não adota nenhum tempo de preconceito sobretudo linguístico. Falar diferente não é considerado uma deficiência, porque, em qualquer modalidade da língua, havendo interação, não haverá erro.

Retomando Lemle (2005), concluímos que excluir o outro devido à sua fala implica três consequências perniciosas: Um equívoco linguístico porque ignora a língua e suas variações; um desrespeito humano porque humilha e desvaloriza o outro, reconhecendo o seu falar como errado equívoco e ainda desenvolvendo um preconceito; um erro político, pois, ao se rebaixar a autoestima linguística de uma pessoa ou de uma comunidade, está contribuindo para seu auto exclusão.

43.1. O Tripé da Ecolinguística

Um ecossistema linguístico é formado por três elementos que estão sempre em interação e se intercomplementam: o Território (T), a População (P) e a Língua (L). P, vivendo em determinado território T, interage conforme os costumes linguísticos, culturais e sociais da comunidade. Essa interação corresponde à língua em uso.

4.1.1. Língua (L): L não é entendida apenas como estruturas formais, mas

também como a maneira pela qual um determinado povo se comunica. Sempre que comunidade tiver um nome para seu modo de comunicar e interagir, teremos uma Língua. O termo língua tem um significado abrangente, não ficando adstrito à modalidade falada ou escrita, apesar de essa modalidade ser proeminente nas interações, há também os gestos, os símbolos, os sinais que também soa formas de interação.

4.1.2 **Povo: (P):** P possui três sentidos: i) organismos humanos que compõem o meio ambiente físico; b) parte mental dos membros de uma comunidade; c) cada membro da comunidade. Atribuímos, portanto, três elementos a P: organização – pensamento e interação. P é responsável pela existência de L. Sem P, não haveria L. P não é só criador, mas também o mantenedor de L P também é integrante do Território. Tanto o é que Povo compõe um dos elementos do Estado.

4.1.3. **Território (T):** o T é a sede da língua, condição *sine qua nom* para existirem as interações porque os homens interagem em um determinado espaço físico. Em T, surge qualquer comunidade, mesmo que, depois de formada, se desloque, mas, em algum momento, essa comunidade estará em um espaço físico definido.

Esses elementos, embora estejam bem definidos, vinculam-se para formar o Meio Ambiente da língua.

4.2. O Meio Ambiente da Língua

Segundo Couto (2007), o meio ambiente da língua é formado pelo meio ou entorno em que ocorrem as interações, que podem ser encaradas à luz de três perspectivas: natural, mental e social.

Retomando Couto (2007), apresentamos um breve comentário acerca do meio ambiente na perspectiva tríplice: a) Meio Ambiente Natural: compreende o espaço físico, incluindo os aspectos geográficos, tais como a topografia, o clima, vegetação, fauna, flora, recursos minerais do solo a base econômica de sobrevivência humana; b) Meio Ambiente Mental: compõe os processos mentais que cada membro da comunidade opera no cérebro, é formado pelo homem e sua língua, crenças, hábitos e costumes internalizados; e) Meio Ambiente Social: formado pelos processos sociais que os membros da comunidade realizam nas interações.

Para que a língua cumpra sua função social, que é a interação, é necessário o respeito ao outro, à sua cultura linguística. Por isso, a Ecolinguística defende a harmonia e exclui qualquer atitude que influencie negativamente na harmonia entre os homens e entre eles e o meio ambiente. Por isso, devemos integrar os fundamentos da Ecolinguística aos Direitos linguísticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A língua não é apenas o sistema, mas também interação. No entanto, o fato de haver diferenças entre a língua falada pelas diversas classes sociais não justifica nenhum tipo de exclusão ou preconceito, conforme ocorreu ao longo da história da língua portuguesa no Brasil. Da implantação do português no Brasil aos dias atuais, assistimos a um verdadeiro *glotocídio* que resultou em violação aos direitos humanos, ou até mesmo em crimes contra a linguagem, e não crimes linguísticos conforme pregoavam no Estado Novo. Na verdade, o que faltou/falta, foram/são políticas linguísticas e a efetivação das normas constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos e dos demais instrumentos normativos que tratam do respeito às línguas. No Brasil, falta a efetivação do princípio da isonomia previsto no Artigo 5º da Constituição Federal.

A língua constrói fronteiras, define espaços sócio-políticos e geográficos, constitui identidade cultural. Todas as línguas e suas modalidades têm o direito de ser respeitadas para que possa contribuir com a diversidade cultural, e todos os falantes possam interagir sem preconceito. As atrocidades linguísticas por que passaram e ainda passam indígenas, negros e imigrantes no Brasil configurou o uma ditadura linguística, resultando em um preconceito linguístico, haja vista a exclusão dos falares de outras línguas, senão a dos colonizadores. Esse preconceito perdura até o momento, desenvolvendo nos falantes um sentimento de exclusão, sobretudo impossibilitando a sua interação no contexto social.

Por essa razão, não admitimos que uma falante seja discriminada devido à língua que traz do meio em que vive, conforme postula Couto (2007). Partindo desse princípio, justificamos que há uma relação direta entre o meio ambiente, língua e direitos linguísticos, pois o Povo, a Língua e o Território só serão elementos constitutivos do Estado se interagir, mantiverem os laços linguístico-culturais e conviverem em um mesmo espaço.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e outros. A construção dessa sociedade inicia-se nas relações linguísticas, em que o cidadão possa agir e interagir, expressando o seu pensamento de acordo com a seu patrimônio linguístico-cultural. Apesar de a Carta Magna de 1988 prevê que a Língua oficial da República é a portuguesa, não apenas essa deva prevalecer em todos os casos, pois há outras línguas faladas no território nacional, pois na unidade há a diversidade. Esperamos que este trabalho possibilite outros olhares acerca dos direitos linguísticos no Brasil, em um país multilíngue e multicultural a fim de erradicar o preconceito linguístico tão desenvolvido na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. **O caso Verón e o direito à diversidade linguística**: ao lado das vítimas. Disponível em: <http://blogdovladimir.wordpress.com/2010/05/06/o-caso-veron-e-o-direito-a-diversidade-linguistica-ao-lado-das-vitimas>>. Acesso: 05 abr. 2025.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014;
- CARBONI, Florence & MAESTRI, Mário. **A linguagem escravizada**. São Paulo: Expressão Popular, 2006;
- Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso López Álvarez. Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf. Acesso: 10 jul. 2025.
- CALVET, Jean-Louis. **Linguística y colonialismo – Breve tratado de glotofagia**. Buenos Aires, 2005. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- COUTO, Hildo Honório do. **Linguística, Ecologia e Ecolinguística: Contato de Línguas**. São Paulo: Contexto, 2009.
- COUTO, Hildo Honório do. **Ecolinguística: estudo das relações entre língua e meio ambiente**. Brasília: Thesaurus, 2007.
- DALL’ALBA, João Leonir. **Colonos e mineiros na grande Orleans**. Orleans, edição do autor e do Instituto São José, 1986.
- ELIA, Silvo, A Unidade Linguística do Brasil - Condicionamentos Geoeconômicos. Rio de Janeiro, Padrão, 1979.
- FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural no Brasil**. São Paulo: Nacional, 1996.

FREITAS, Décio. **Palmares: a Guerra dos Escravos**, Rio de Janeiro: Graal, 1984;

HAMEL, Rainer Enrique. Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas. In: OLIVEIRA, Gilvan Müller de. (Org.). **Declaração Universal dos Direitos Linguísticos**. Campinas-SP: Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil (ALB); Florianópolis-SC: IPOL, 2003.

LEMLE, Miriam. **Guia teórico do Alfabetizador**. São Paulo: Ática, 2005.

NAVARRO, E. A. **Dicionário de tupi antigo: a língua indígena clássica do Brasil**. São Paulo. Global. 2013. p. 537.

OLIVEIRA, Gilvan M. (Org.). Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos: novas perspectivas em Política Lingüística. São Paulo: IPOL/ABL/Mercado de Letras (2008)

OLIVEIRA, Gilvan Müller de. (Org.). **Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos**. Campinas-SP: Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil (ALB); Florianópolis-SC: IPOL, 2003.

PINTO, Edith Pimentel. **O português do Brasil: textos críticos e teóricos - 1820-1920 fontes para a teoria e a história**. São Paulo/Rio de Janeiro: Edusp/Livros Técnicos e Científicos, 1981.

RODRIGUES, José Honório. **Teoria da História do Brasil: introdução metodológica**. São Paulo: CXEN – INL, Brasília, 1995.

RODRIGUES, Nina. **Os africanos no Brasil**. 5ª ed. São Paulo: CEN, 1977.

SILVA NETO, Serafim da. **A língua portuguesa no Brasil: problemas**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1960.

SCHERRE, Marta. **O preconceito linguístico deveria ser crime**. Galileu (*online*). ed. maio. São Paulo: Revista Globo, 2013. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,EMI110515-17774,00>. Acesso: 19 jul. 2025.

UNESCO, **Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage**, Paris, 17 October 2003. Ministério das Relações Exteriores (tradução), Brasília, 2006. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org.br>. Acesso em: 10 jul. 2025

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração Universal dos Direitos Linguísticos**. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org.br>. Acesso em: 02 jul. 2025.

A PROTEÇÃO DAS MARCAS NOTÓRIAS EM SEGMENTO DISTINTO: O ARTIGO 16.3 DO ACORDO TRIPS

Wanderley Sanan Dantas¹

Raineri Ramos Ramalho de Castro²

Resumo: A Lei de Propriedade Industrial – LPI não protege a marca que não tem alto renome reconhecido mas que é notoriamente conhecida e está sendo imitada em outro ramo de atividade. O presente artigo analisa hipótese de resolução dessa questão não muito abordada na literatura: o artigo 16.3 do Acordo TRIPS, que pode ser resumido como uma mescla das proteções das marcas notoriamente conhecidas e das marcas de alto renome, tendo sido criado para fechar uma lacuna existente até então na proteção de marcas notórias. Conclui-se que o artigo 16.3 do TRIPS representa relevante fortalecimento para o exercício da propriedade industrial, devendo ser visto como uma garantia contra abusos e desvios. No entanto, alerta-se que o dispositivo não pode ser aplicado para proteger marcas não notórias, ou aquelas que possuem distintividade reduzida, sob pena de limitar sobremaneira a liberdade comercial e a livre criação humana.

Palavras-chave: Propriedade industrial; TRIPS; Marcas; Judiciário.

THE PROTECTION OF WELL-KNOWN MARKS IN A DIFFERENT FIELD: ARTICLE 16.3 OF THE TRIPS AGREEMENT

Abstract: Brazil's Industrial Property Law (LPI) does not protect trademarks that do not

¹ Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Procurador Regional da República da 1ª Região (2020-2022). Procurador da República (1998-2020). Bacharel em Direito – Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro).

² Analista Judiciário no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação (Academia do INPI, Rio de Janeiro). Mestre em Direito e Ciência Jurídica (Universidade de Lisboa).

qualify as reputation marks but that are well-known and are being imitated in another field. This article analyzes a hypothesis for resolving this issue that has not been widely discussed in the literature: Article 16.3 of the TRIPS Agreement, which can be summarized as a combination of the protections of well-known and reputation marks, and was created to close a gap that existed until then in the protection of well-known marks. It is concluded that Article 16.3 of the TRIPS Agreement represents a significant strengthening of the exercise of industrial property rights and should be seen as a guarantee against abuse and misappropriation. However, it is important to note that the provision cannot be applied to protect non-well-known marks or those that have reduced distinctiveness, at the risk of severely limiting commercial freedom and free human creation.

Keywords: Industrial property; TRIPS; Trademarks; Judiciary.

INTRODUÇÃO

Como principal ativo de propriedade industrial para a diferenciação de um negócio (Dinis, 2012, p. 112), a proteção da distintividade da marca possui destacada importância para as atividades comerciais de uma pessoa física ou jurídica. Uma marca particularmente distinta pode, por si só, atrair clientes para uma empresa ou destacá-la no mercado de uma forma que nenhum outro ativo de PI é capaz de fazer (Barbosa, 2023, p. 25–26).

Em consequência, a legislação de propriedade industrial – que inclui não só a Lei de Propriedade Industrial - LPI, mas também os tratados internacionais, como a Convenção da União de Paris – CUP e o Acordo TRIPS -, possui diversos mecanismos para proteger a distintividade da marca. A hipótese mais conhecida a nível nacional é certamente o art. 124, XIX, da LPI, que impede como registro de marca *reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia*.

O dispositivo legal, como se nota, exige que a marca alheia esteja efetivamente registrada no Brasil. Em casos nos quais não haja o registro perante o INPI, falar-se-ia apenas em um “sinal distintivo”, que não possui a mesma proteção que uma “marca”. Por isto, neste trabalho será usado “marca” para se referir ao signo distintivo efetivamente registrado, e “sinal” para mencionar aquele que não esteja depositado no órgão competente.

Antecipando que marcas registradas em certos países podem adquirir elevado grau de notoriedade além desses territórios a ponto de serem copiadas por terceiros em países nos quais não tenha havido seu depósito, de modo a se aproveitar da boa reputação que adquiriram nessas outras jurisdições, a Convenção da União de Paris prevê proteção especial às “marcas notoriamente conhecidas”. O art. 6º *bis* (1) do regulamento global basilar de propriedade industrial determina que *os países contratantes comprometem-se a recusar ou a invalidar [...] o registro de uma marca de fábrica ou de comércio que for uma reprodução ou uma imitação suscetível de produzir confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro considerar que é notoriamente conhecida como já sendo a marca de um cidadão de outro país contratante e utiliza para produtos do mesmo gênero ou de gênero semelhante.*

O acordo TRIPS incorporou essa proteção ao seu regime, acrescentando que ela também se aplica a marcas de serviço e orientando que, *para determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca* (artigo 16.2).

O legislativo brasileiro, naturalmente, repetiu tal proteção na LPI, prevendo no art. 126: *a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.*

Existem marcas, porém, que se tornam tão conhecidas na sociedade que a proteção apenas no(s) ramo(s) de atividade explorado(s) pelo seu titular pode ser insuficiente para resguardar sua reputação e seu valor econômico. Essas marcas, em razão de seu amplo conhecimento e prestígio, são especialmente suscetíveis a aproveitamento parasitário por terceiros mesmo em outros ramos de atividade, podendo emprestar sua boa imagem e distintividade para produtos ou serviços que não são fornecidos pelo titular da marca originária.

Aplicando apenas os dispositivos legais acima mencionados, e fazendo uma superficial comparação para fins exemplificativos neste trabalho, a marca “Coca-Cola” estaria protegida no ramo de bebidas, mas não estaria protegida no ramo de eletrônicos, o que tornaria possível que uma empresa lançasse um “Coca-Cola

phone". Haveria um claro aproveitamento da reputação da Coca-Cola, em prejuízo não só à empresa mas também ao direito de informação do consumidor, sem que houvesse recurso legal, no âmbito do Direito de Propriedade Industrial – DPI, que diretamente respondesse à demanda.

Antes de prosseguir, é importante pontuar que essa questão poderia, a princípio, ser tratada no âmbito do Direito da Concorrência entre as empresas envolvidas. Todavia, ainda assim haveria o debate acerca do registro da marca perante o INPI: este poderia ser anulado ou indeferido sem hipótese legal de proteção à marca em atividades distintas? Poderia a autarquia exercer controle além dos poderes que lhes são definidos em lei?

Resolvendo essa questão no âmbito do DPI, o legislativo brasileiro editou o art. 125 da LPI, prevendo que *à marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade*.

O exemplo acima, então, estaria resolvido por meio da aplicação do art. 125 da LPI: não seria possível que terceiro registrasse a marca "*Coca-Cola phone*", em razão da marca "*Coca-Cola*" ter tido seu alto renome conhecido (processo nº 003469263, reconhecimento em 01/11/2016). Não é necessário, assim, recorrer ao Direito da Concorrência, e nem que o INPI ultrapasse os limites legais de sua atuação.

Ainda assim, há casos em que tais proteções não são suficientes. Existe uma zona fronteira na qual a marca não tem alto renome reconhecido mas é notoriamente conhecida e está sendo imitada em outro ramo de atividade. Nessa hipótese, não haveria proteção na LPI nem no art. 125, nem no art. 126, e nem nas diversas hipóteses previstas no art. 124, que sempre exigem a realização de atividade afim ou semelhante – com exceção da imitação do nome empresarial (inciso V).

Retornar-se-ia aos questionamentos anteriores: (i) poderia o INPI atuar além dos limites da lei? (ii) poderia o Judiciário criar uma nova hipótese de proibição de registro de marca? ou (iii) deveria a titular aceitar a cooptação de sua marca, sem recurso legal claro para lhe proteger?

Respostas afirmativas a qualquer dos questionamentos seriam insatisfatórias: (i) atuação do órgão administrativo para além dos limites da lei ofende diretamente o princípio da legalidade; (ii) criação de proibições legais pelo Judiciário pode representar ofensas ao princípio da liberdade, à divisão democrática de poderes

e à segurança jurídica; (iii) aceitar o aproveitamento parasitário da reputação da marca por terceiro não se compatibiliza com a própria razão de existir do Direito de Propriedade Industrial.

O presente artigo objetiva analisar hipótese de resolução dessa questão no âmbito do DPI não muito abordada na literatura: o artigo 16.3 do Acordo TRIPS, que pode ser resumido como uma mescla das proteções das marcas notoriamente conhecidas e das marcas de alto renome, tendo sido criado justamente para fechar uma lacuna existente até então na proteção de marcas notórias (Moro, 2003, p. 203).

Trata-se de pesquisa analítico-qualitativa que, utilizando metodologia teórico-bibliográfica, analisou os instrumentos normativos e os posicionamentos doutrinários que tratam dos temas centrais e correlatos – marcas notórias, de alto renome, distintividade, função marcária, etc. – para abordar como se dá a proteção de marcas notórias em segmentos comerciais distintos.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DISTINTIVIDADE E SEUS DIFERENTES NÍVEIS

Ao abordar a proteção de marcas notórias ou de alto renome, está se falando da proteção da especial distintividade que tais sinais marcários adquiriram no público, que ultrapassou os limites das fronteiras nacionais ou do segmento comercial originalmente explorado. Para entender como ocorre essa proteção, é válido traçar rapidamente o que se entende por “distintividade”, de modo a guiar a análise do objeto principal do artigo.

A distintividade é a capacidade do signo marcário de distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, sendo característica imprescindível para o registro da marca (art. 123, I, da LPI).

Na dimensão jurídica, Denis Borges Barbosa entende que a distintividade “importa em que o signo não se confunda com domínio comum. O direito marcário considera ‘res communis omnium’ sejam os signos genéricos, os necessários, ou os de uso comum, sejam os signos descritivos” (Barbosa, 2003, p. 807).

Em obra específica sobre o tema, Lélío Denicolo Schmidt defende que “a distintividade é tão essencial à marca que é revelada por sua própria definição como um sinal destinado a diferenciar um produto ou serviço de outro. A função distintiva prende-se à gênese etimológica da palavra, pois [...] as marcas devem efetivamente marcar os produtos, para diferenciá-los de outros” (Schmidt, 2013, p. 49–50).

Tanto assim é, que se entende que a distintividade é a “finalidade inultrapassável” da marca, não sendo possível “[...] uma marca sobreviver fora dessa finalidade e não há mais nenhuma finalidade com tal estatuto” (Gonçalves, 1999, p. 218).

Por meio de sua função distintiva, a marca possui considerável valor social, pois é a forma de identificar ao consumidor a origem, a procedência, a qualidade e mesmo a utilidade dos produtos ou serviços que adquire (Ramello, 2006, p. 549). Em razão de possuírem essa função social, a proteção das marcas é garantida pelo Estado com base no interesse público “[...] de dar informação ao público em geral, permitindo-lhes distinguir uns produtos ou serviços de outros e evitando que seja induzido em erro. O interesse privado dos titulares só surge protegido num segundo plano” (Ascensão, 2002a, p. 135).

O exercício do direito de marcas, portanto, vai muito além da mera identificação de um produto ou serviço, perpassando interesses privados e coletivos de tamanha magnitude que é imperiosa a fiscalização do Estado no ramo para garantir a sua correta exploração, maximizando seus efeitos sociais positivos e minimizando as práticas ilícitas e danosas (Assafim, 2014, p. 203).

Assim, considerando tanto a função social de informar o consumidor, quanto seu papel na promoção da concorrência leal e do livre comércio, para que uma marca seja distintiva, deve haver um distanciamento entre o signo marcário e o produto ou serviço que identifica.

Assim, a distintividade “é uma questão de grau, não de substância - há um ponto em que uma marca pode surgir na sensibilidade do público como distinta, separada, característica do que todo mundo já usa e pode usar em face do objeto simbolizado” (Barbosa, 2003, p. 814).

Permitir, por exemplo, que uma produtora de maçãs registre a marca «maçã» impediria o exercício da mesma atividade por todas as demais empresas do ramo,

em claro descompasso com a própria razão de existir dos direitos de propriedade industrial - assegurar a livre concorrência leal, e não impedi-la.

Não é necessário, porém, que o afastamento entre a marca e o objeto identificado seja absoluto: a marca pode fazer referência ao produto ou serviço que identifica; o que é vedado é a completa identidade entre o signo e aquilo que busca identificar (art. 124, VI, da LPI). É como leciona Lélío Denicoli Schmidt (Schmidt, 2007, p. 59):

O óbice não é absoluto, pois se permite o registro de marcas evocativas. São evocativas as marcas que, embora contenham expressões de uso comum, necessário ou vulgar, possuem cunho distintivo obtido pela grafia heterodoxa ou disposição peculiar atribuída a tais expressões, através de sua aglutinação ou combinação com outros elementos nominativo ou gráficos.

[...]

A marca evocativa é uma marca fraca. Ao incorporar à marca elementos de uso comum, necessário ou vulgar, seu titular não poderá obstar que estes mesmos elementos (de livre uso) também sejam empregados na composição das marcas de seus concorrentes. Neste cenário, a proteção marcária não terá o alcance de impor a terceiros que guardem de uma determinada marca uma distância maior do que aquela que o seu titular observou ou tolerou, com relação a outras marcas concorrentes ou expressões de uso comum, genérico ou vulgar.

Portanto, a doutrina elaborou um espectro de distintividade, que define não apenas a distintividade intrínseca da marca, mas principalmente seu grau de proteção – ou sua irregistrabilidade³:

- Genérica: termo que descreve completamente o produto ou serviço que identifica, sendo irregistrável (“laranja” para o produto laranja, “restaurante” para o serviço de restaurante, etc.);
- Descritiva: comunica diretamente informação relacionada a características ou qualidade do produto ou serviço sem esforço imaginativo. Em geral irregistrável, mas o registro pode ser eventualmente obtido em caso de distintividade adquirida (*secondary meaning*). Exemplo: “polvilho antisséptico”;

³ cfr. Pierce, 2007, p. 152–154; Motta, 2018, p. 30–33.

- Sugestiva ou Evocativa: não descrevem diretamente o objeto que identificam, mas são formadas por termos que provocam a imaginação do consumidor para deduzir o produto ou serviço identificado. Embora registráveis, o baixo grau de distintividade que possuem pode forçar-lhes a conviver com marcas semelhantes. Exemplos: “Nescafé”, “Airbus”;
- Arbitrária: utilizam palavras dicionarizadas, mas em contexto distinto do seu sentido original, sem relação com o produto ou serviço identificado. É o caso clássico da “Apple”. São altamente distintivas, com elevado grau de proteção;
- Fantasiosas: as mais distintivas do espectro, pois constituídas por palavras novas, inventadas para distinguir aquele produto ou serviço, sem nenhum significado prévio. Exemplos: “Kodak”, “Adidas”.

Estando definida a ideia geral de distintividade, seus elementos básicos e seu espectro, passa-se à análise das marcas notoriamente conhecidas e de alto renome.

2 MARCAS NOTORIAMENTE CONHECIDAS E DE ALTO RENOME

No Brasil, há dois meios previstos na LPI para proteger marcas que possuam ampliado reconhecimento por parcela significativa do público:

- marca notoriamente conhecida (art. 126 da LPI): proteção em seu ramo de atividade mesmo que não registrada no Brasil, devendo possuir registro em outro país membro da CUP;

- marca de alto renome (art. 125 da LPI): proteção em todos os ramos de atividade, dependendo de registro no Brasil e reconhecimento pelo INPI.

Na literatura internacional, há controvérsia acerca da existência de real distinção entre os conceitos de marcas notoriamente conhecidas (*well-known marks*) e marcas de alto renome (*reputation marks, highly renowned marks*), como explana Annette Kur (2013, p. 13):

[...] the [Court of Justice of the European Union] refers to the concepts of well-known marks and reputation marks as being closely related (“kindred concepts”). This as well as the fact that efforts to establish a distinction between the two concepts in regards of grade or substance

are neither convincing nor generally accepted make it plausible to suggest that the notional differences between a mark “having reputation” and a mark being “well-known” are either non-existent or so subtle that it does not make much sense in practice to insist on a different legal treatment. In essence, this means that marks which have attained a level of reputation that qualifies for extended protection should also be protected as well-known marks within the meaning of Article 6bis Paris Convention and vice versa.

No Direito brasileiro, porém, considerando que a legislação expressamente distingue marcas notoriamente conhecidas e marcas de alto renome, assegurando-lhes diferentes graus de proteção, a diferenciação é válida e deve ser levada em consideração quando da análise dos casos de colidência marcária.

A marca notoriamente conhecida é uma exceção ao princípio da territorialidade, segundo o qual a marca é protegida apenas na jurisdição na qual está registrada (Assafim, 2014, p. 206). Reconhecendo a circulação de informações na economia global, foi criada proteção especial para essas marcas que alcançam tal nível de conhecimento social que sua cooptação por terceiros em mercados nos quais a titular da marca não atue é um verdadeiro risco.

Maitê Cecília Fabbri Moro explica que a notoriedade da marca “não é um fato jurídico, mas sim um fato da realidade”, representada pela circunstância “em que a marca conquista grande conhecimento do público, o qual a relaciona com o produto ou serviço assinalado” (Moro, 2003, p. 78).

A doutrina contemporânea vem entendendo que a notoriedade da marca deve ser verificada no “público-alvo do setor merceológico em que se insere o produto marcado” no país no qual se busca o reconhecimento de tal notoriedade (Dinis, 2012, p. 123), posicionamento compatível com a redação do artigo 16.2 do TRIPS⁴ e do art. 126 da LPI (*a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade*), mas não há regulamentação de como deve ser feita essa averiguação.

Na falta de critérios bem definidos, a análise da presença de notoriedade se dá caso a caso (Moro, 2003, p. 206), de acordo com os elementos apresentados pelos interessados ao INPI ou ao Judiciário. O Manual de Marcas do INPI prevê apenas que o reconhecimento da notoriedade “pode se dar de ofício ou a requerimento do interessado, ocorrendo de ofício quando se julgar que a notoriedade é suficiente a ponto de dispensar a produção de provas” (item 2.4.1).

⁴ Ao determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca.

Por sua vez, o alto renome é exceção ao princípio da especialidade, segundo o qual a marca apenas é protegida no mesmo ramo de atividade, e em segmentos semelhantes ou afins, no qual foi registrada (Otero Lastres, 1979, p. 21). O reconhecimento de alto renome depende da avaliação, pelo INPI, da presença de certos critérios especiais de relevante conhecimento e reputação da marca que demonstrem que a mesma excedeu os limites do princípio da especialidade. É um patamar bastante elevado para ser alcançado, tanto que, até 24/12/2024, apenas 183 marcas de alto renome haviam sido reconhecidas⁵.

Não havendo conceito legal para “marca de alto renome”, coube ao INPI regulamentá-lo, sendo a normativa mais recente a Portaria INPI/PR nº 08/2022, que define em seu art. 63:

Art. 63. Para efeitos do disposto neste Capítulo, considera-se de alto renome a marca registrada cujo desempenho em distinguir os produtos ou serviços por ela designados e cuja eficácia simbólica levam-na a extrapolar seu escopo primitivo, exorbitando, assim, o chamado princípio da especialidade, em função de sua distintividade, de seu reconhecimento por ampla parcela do público, da qualidade, reputação e prestígio a ela associados e de sua flagrante capacidade de atrair os consumidores em razão de sua simples presença.

§1º O disposto no art. 125 da Lei nº 9.279, de 1996, destina-se a possibilitar a proteção da marca considerada de alto renome contra a tentativa de terceiros de registrar sinal que a imite ou reproduza, ainda que ausente a afinidade entre os produtos ou serviços aos quais as marcas se destinam, a fim de coibir as hipóteses de diluição de sua capacidade distintiva ou de seu aproveitamento parasitário.

O INPI conceitua, então, que a marca de alto renome extrapola o princípio da especialidade em razão de sua distintividade, de seu reconhecimento por ampla parcela do público, da sua qualidade, reputação e prestígio, além de sua flagrante capacidade de atrair os consumidores. Quando esses elementos estiverem presentes, o INPI, após requerimento do titular (art. 64), reconhecerá o alto renome e, a partir de tal reconhecimento (art. 63, §2º), a marca estará protegida em todos os ramos de atividade.

⁵ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, **Marcas de alto renome em vigência no Brasil**, data da última atualização: 24/12/2024, https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/guia-basico/inpi_marcas_marcasdealtorenomeemvigencia_2024_12_24.pdf

Dito isto, nota-se que a proteção especial às marcas notórias e de alto renome resolve boa parte dos conflitos que se apresentam no cotidiano. No entanto, como a criatividade humana sempre excede o poder da dedução legislativa, há casos que não são alcançados pelas proteções ordinárias previstas na LPI.

Utilizando outro exemplo simples, agora real: uma empresa criou uma marca fantasiosa para uma linha de brinquedos, que se tornou bastante popular no Brasil mas não chega ao patamar de marca de alto renome. Uma agência de publicidade, acreditando tal referência criativa, elabora sua marca com o mesmo elemento nominativo e com elemento figurativo que faz referência ao brinquedo, registrando-a no INPI. A qual proteção a empresa de brinquedos poderia recorrer para impedir o registro da marca, ou anulá-lo caso já tenha sido concedido?

Como antecipado na introdução, a proteção a marcas de alto renome não socorreria a titular da anterioridade, pois sua marca não alcança o patamar exigido para tal reconhecimento, ou não houve pedido administrativo nesse sentido antes do depósito da marca da agência de publicidade. Já a proteção às marcas notoriamente conhecidas também não lhe socorre em razão de os sinais distintivos em conflito serem de ramos de mercado completamente distintos: brinquedos e agência de publicidade.

A solução para esse caso encontra-se em dispositivo de tratado internacional pouco explorado: o artigo 16.3 do Acordo TRIPS.

3 A PROTEÇÃO DO ARTIGO 16.3 DO ACORDO TRIPS

Assim está redigido o artigo 16.3 do TRIPS:

3. O disposto no Artigo 6bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, *mutatis mutandis*, aos bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca esteja registrada, desde que o uso dessa marca, em relação àqueles bens e serviços, possa indicar uma conexão entre aqueles bens e serviços e o titular da marca registrada e desde que seja provável que esse uso prejudique os interesses do titular da marca registrada.

O artigo é complexo, havendo vários núcleos normativos que serão analisados individualmente.

Logo de início, há referência ao art. 6º *bis* da CUP, já mencionado anteriormente, que protege as marcas notoriamente conhecidas; portanto, o artigo 16.3 da TRIPS se aplica somente às marcas notórias, não sendo expansível a marcas que não alcancem esse patamar.

Logo após, há o principal distanciamento do artigo 16.3 da TRIPS das previsões da CUP, e a própria razão de ser desse dispositivo: a extensão da proteção da exclusividade das marcas notoriamente conhecidas mesmo para aqueles casos nos quais não haja semelhança nas atividades comerciais exploradas.

O artigo 16.3 do TRIPS, então, permite a proteção da marca notória em diferentes ramos de atividade, mais um fortalecimento do investimento na construção de uma marca e do direito de informação do consumidor. Protege-se, então, a distintividade da marca, de modo a evitar sua diluição (Moro, 2003, p. 203).

Essa extensão de proteção, é claro, não é automática, devendo respeitar os requisitos estabelecidos no próprio artigo.

Como primeiro requisito, há o próprio notório reconhecimento da marca, como dito, não havendo proteção em diferentes ramos de atividade para marcas que não tenham obtido conhecimento público relevante. Mencionando as dificuldades de avaliar o notório conhecimento de uma marca, Moro (2003, p. 206) deduz que

[...] provavelmente a aferição do conhecimento da notoriedade para efeito de aplicação do art. 16.3 do TRIPS, também ficaria em um patamar intermediário entre a marca de alto renome do direito brasileiro e a marca notoriamente conhecida. Então, não necessariamente aferir-se-ia a notoriedade em “todos” os ramos de atividade, mas tampouco somente no setor onde esta atividade se desenvolve. Seria talvez uma aferição nos mesmos ramos de atividade e respectivos ramos afins de cada um dos produtos ou serviços envolvidos e de certa forma considerados em uma relação de conexão?

Trata-se de questão que em muito dependerá do caso concreto, pois a associação, a relação de determinados produtos e/ou serviços pelos consumidores, depende de inúmeros fatores temporais, de moda etc.

Quanto ao segundo requisito, o uso da nova marca deve ser suscetível de indicar conexão com os bens e serviços do titular da marca notória. Isto é o que chamamos no Brasil de “suscetibilidade de confusão ou associação”, seguindo a redação de diversos dispositivos da LPI.

A “confusão” se caracteriza quando há a compra de um produto ou a contratação de serviço pensando-se estar adquirindo outro. Já a “associação” ocorre quando “o consumidor realizou uma conexão mental entre duas marcas, mesmo ciente de que são sinais distintos. Tal vinculação será ilícita se implicar o aproveitamento do prestígio alheio como mola propulsora da venda” (Cabral; Mazzola, 2015, p. 134–135).

Existe, ainda, um terceiro requisito, nem sempre previsto de forma expressa nas demais hipóteses de conflito marcário: a probabilidade de prejuízo aos interesses do titular da marca notória.

Em geral, o prejuízo à marca anterior é presumido: o simples uso de sinal idêntico ou semelhante à marca anterior é, por si só, suficiente para gerar prejuízos aos interesses do titular da marca, seja pela desvalorização de seu ativo por meio de diluição da marca no mercado, seja pelo impacto à sua reputação com a prestação de serviço ou fornecimento de produto com características distintas das suas, seja por eventual desvio de clientela em caso de exploração do mesmo mercado⁶.

Até por isto, talvez, as hipóteses legais de proibição de registro do art. 124 da LPI não mencionem a probabilidade de prejuízo aos interesses do titular como critério autônomo, pois isto já é inerente à utilização não autorizada do signo marcário por terceiro.

A previsão de tal requisito expressamente no artigo 16.3 do TRIPS poderia ser vista como um reforço de tal entendimento. No entanto, o artigo 16.1 do TRIPS destaca que “no caso de utilização de um sinal idêntico para bens e serviços idênticos presumir-se-á uma possibilidade de confusão”. Em uma interpretação sistemática dos dois itens, pode ser entendido que, para a aplicação do artigo 16.3, deve haver uma comprovação de efetivo risco de prejuízo aos interesses do titular da marca notória, enquanto nos casos ordinários de utilização de marca notória no mesmo segmento tal prejuízo se presume.

Note-se que o artigo 16.3 fala em *probabilidade* de prejuízo, não sendo necessário, portanto, comprovação da ocorrência de efetivo prejuízo para que se busque a proteção do dispositivo.

⁶ cfr. STJ, REsp n. 2.012.895/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.

Não obstante, voltando ao que foi acima mencionado: a mera utilização da marca por terceiro não autorizado gera o risco de diluição do signo distintivo e prejuízo ao prestígio da marca (Dinis, 2012, p. 120), o que é suficiente, por si só, para demonstrar a probabilidade de prejuízo demandada no artigo 16.3 do TRIPS (Moro, 2003, p. 205). Difícil, na esfera do uso indevido de marca, traçar linha distintiva entre a probabilidade de prejuízo e a presunção de prejuízo, uma vez que o entendimento vigente é que a própria utilização indevida da marca já é, por si só, prejudicial ao seu titular.

Talvez não fosse necessário falar, mas o óbvio às vezes precisa ser dito, que a aplicação do artigo 16.3 do TRIPS deve ser feita com atenção minuciosa aos seus critérios, sob pena de se estender indevidamente sua proteção, causando prejuízos à atividade criativa inerente ao setor marcário e à proteção das marcas somente nas atividades nas quais estão registradas – princípio da especialidade (Ascensão, 2002b, p. 47).

A concorrência e a criação humana devem ser fomentadas e incentivadas. Inclusive, há posicionamento relevante que defende que a conferência de direitos de exclusividade dos ativos de PI, em especial das marcas, existe exatamente para proteger o investimento realizado na criação de elementos únicos, para garantir a concorrência leal no mercado e o direito de informação do consumidor (Fernandez-Nóvoa, 1976, p. 19–20). Portanto, não se poderia interpretar quaisquer dos mecanismos de proteção legal do exclusivo sobre marcas de modo a engessar o processo criativo e a operação do mercado, que envolve o segmento de tendências.

Trazendo essa observação para a matéria em análise neste artigo, a aplicação do artigo 16.3 do TRIPS para a proteção de marcas evocativas será naturalmente mais leve do que para a proteção de marcas fantasiosas, como já se faz para a análise de qualquer conflito marcário, considerando a maior distintividade destas em relação àquelas.

Em resumo, identifica-se quatro núcleos de proibição no artigo 16.3 do TRIPS c/c art. 126 da LPI e art. 6º *bis* da CUP, que devem estar presentes concomitantemente para atrair sua aplicação: (i) notoriedade da marca que constitui a anterioridade impeditiva, (ii) reprodução, imitação ou tradução da marca notória alheia, (iii) suscetibilidade de indicar conexão com os bens ou serviços da titular da marca notória, mesmo que sejam de atividades distintas e (iv) probabilidade de prejuízo aos interesses do titular da marca notória.

Traçados os requisitos do artigo 16.3 do TRIPS, retoma-se o caso mencionado acima: uma empresa criou uma marca fantasiosa para uma linha de brinquedos, que se tornou bastante popular no Brasil mas não chega ao patamar de marca de alto renome. Uma agência de publicidade, acreditando tal referência criativa, elabora sua marca com o mesmo elemento nominativo e a registra no INPI.

Lembrando que por se tratar de marca fantasiosa, a palavra não está dicionarizada, sendo total invenção da titular da marca e, portanto, altamente distintiva. Assim, não poderia ser sustentada eventual alegação de ausência de imitação ou reprodução.

Em solução ao seu problema, considerando que o Acordo TRIPS possui força de lei no Brasil após ter sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 1.355/94, a empresa de brinquedos pode apresentar oposição ao pedido de registro (art. 158 da LPI) ou requerer diretamente ao INPI (art. 169 da LPI) ou ao Judiciário (art. 173 da LPI) a nulidade do registro de marca eventualmente concedido à agência de publicidade que reproduziu sua própria marca fantasiosa, com base exclusivamente na hipótese do artigo 16.3 do TRIPS, devendo comprovar a notoriedade de sua própria marca e a possibilidade de prejuízo que sua imitação pela agência de publicidade poderia lhe causar.

Interessante mencionar o caso concreto julgado pelo TRF-2 sobre o referido conflito.

3.1 Caso concreto

Conforme mencionado, o exemplo mencionado no capítulo anterior foi extraído de ação de nulidade de registro de marca que tramitou no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Wanderley Sanan Dantas (coautor deste artigo).

A VIVA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRACAO DE BENS S/A é a titular da marca “VELOTROL”, cujo primeiro pedido de registro foi depositado em configuração nominativa em 23/11/1993 (nº 817.529.047), sendo utilizada para identificar triciclos.

Em 10/11/2015, foi depositado o pedido de registro nº 910.245.495, para

a marca mista “VELOTROL”, pela agência de publicidade HT85 DESIGN LTDA; o pedido foi concedido pelo INPI em 19/12/2017. O sinal possui a seguinte apresentação:



Nota-se que além de utilizar o nome da marca de brinquedos – que, relembre-se, é fantasioso –, o registro ainda contava com o desenho do guidão de um triciclo, tornando ainda mais forte a associação com a marca anterior.

Em 31/01/2023, a VIVA EMPREENDIMENTOS ingressou com pedido de caducidade do registro da marca perante o INPI, mas o pedido não foi conhecido por ausência de interesse da empresa. De acordo com o órgão, a anterioridade apontada pela empresa para justificar seu legítimo interesse “não se designa a segmento mercadológico idêntico, semelhante, ou afim ao da marca da requerida”.

Antes do processo administrativo de caducidade, a VIVA EMPREENDIMENTOS já havia ingressado, em 23/05/2022, com ação de nulidade do registro de marca nº 910.245.495 na Justiça Federal do Rio de Janeiro (processo nº 5038491-50.2022.4.02.5101). Em 1º Grau, o pedido de nulidade foi julgado improcedente por ausência de alto renome da anterioridade e pela distinção dos produtos e serviços assinalados pelos registros em conflito.

Tanto no processo administrativo, quanto na ação judicial em 1ª instância, não houve análise da aplicação do artigo 16.3 do TRIPS. Por essa razão, a decisão administrativa do INPI e a sentença judicial confirmam o que foi abordado anteriormente: a inexistência do artigo 16.3 do TRIPS resultaria na ausência de proteção de marcas em situações semelhantes. Qualquer marca amplamente conhecida, mas que não chegasse ao patamar de alto renome, ficaria desprotegida em caso de imitação em segmentos mercadológicos distintos, uma vez que a LPI e a Convenção da União de Paris não possuem proteção contra esse tipo de imitação.

Somente em sede de julgamento de apelação foi abordado o artigo 16.3 do

Acordo TRIPS, suscitado pelo Relator, o que levou a Segunda Turma do TRF-2 a decidir pela nulidade do registro da marca da agência de publicidade.

O colegiado analisou os quatro núcleos de proibição do artigo 16.3 do TRIPS e concluiu que todos estavam presentes no caso, pelo que foi decretada a nulidade do registro nº 910.245.495. É válida a transcrição integral do acórdão:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. IMITAÇÃO DE MARCA NOTÓRIA. ATIVIDADES DISTINTAS. PROTEÇÃO EXCEPCIONAL DO ACORDO TRIPS. ASSOCIAÇÃO INDEVIDA E POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO À TITULAR DA ANTERIORIDADE. IRREGISTRABILIDADE. NULIDADE DO REGISTRO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Trata-se de apelação cível interposta por VIVA EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRACAO DE BENS S/A contra a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 25ª Vara Federal do Rio de Janeiro, nos autos da ação ordinária proposta pela Apelante em face do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI e de HT85 DESIGN LTDA, requerendo a nulidade do registro n. 910.245.495, referente à marca mista “VELOTROL”, de titularidade da empresa Apelada, por conflitar com sua própria marca “VELOTROL”, sendo o primeiro registro de n. 817.529.047, em violação ao art. 124, X, XIX e XXIII, e art. 126, ambos da LPI. O MM. Juízo julgou o pedido improcedente por entender que o fato de as marcas estarem registradas para atividades completamente distintas - agência de publicidade (anulanda) x brinquedos (anterioridade) - permite sua convivência no mercado.

2. As hipóteses do art. 124, X, XIX e XXIII, da Lei de Propriedade Industrial exigem que os sinais marcários em conflito identifiquem produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sem o que não poderia haver impedimento ao registro da marca.

3. O artigo 16 (3) do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio - Acordo TRIPS estende a proteção de marcas notórias do art. 6º bis da Convenção da União de Paris - e, portanto, do art. 126 da LPI - para situações em que não haja semelhança de atividade. Sendo a previsão do artigo 16 (3) do Acordo TRIPS uma hipótese excepcional no sistema legal que amplia uma proibição jurídica, sua aplicação deve ser criteriosa e restrita às hipóteses que perfeitamente se amoldem à sua definição, em respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

4. Os núcleos da proibição do artigo 16 (3) do Acordo TRIPS c/c art. 126 da LPI e art. 6º bis da CUP, que devem estar presentes

concomitantemente para atrair sua aplicação, são: (i) notoriedade da marca que constitui a anterioridade impeditiva, (ii) reprodução, imitação ou tradução da marca notória alheia, (iii) suscetibilidade de indicar conexão com os bens ou serviços da titular da marca notória, mesmo que sejam de atividades distintas e (iv) probabilidade de prejuízo aos interesses do titular da marca notória.

5. A marca “VELOTROL” é conhecida a nível nacional no ramo de brinquedos, não havendo necessidade de produção de provas para reconhecer a notoriedade da marca, conforme autorização do item 2.4.1 do Manual de Marcas do INPI.

6. O termo “velotrol” parece ter sido criado pela Apelante, não sendo um termo dicionarizado no Brasil ou no estrangeiro. Trata-se, então, de um “sinal fantasioso”, caracterizado por não possuir um significado prévio pois não foi retirado do vernáculo. Logo, a distintividade do termo é elevada, o que leva a uma proteção maior do sinal marcário. Em consequência, a própria utilização do elemento nominativo da marca seria suficiente para caracterizar o requisito de imitação, o que é agravado no presente caso pelo elemento figurativo da marca anulanda, que inclui o desenho do guidão de um triciclo.

7. A falta de controle da exploração do signo distintivo por seu titular já representa prejuízo aos seus interesses no ramo do Direito de Propriedade Industrial, sendo a própria razão pela qual se garante a exclusividade no uso das marcas (art. 129 da LPI). Sendo o elemento nominativo da anterioridade um sinal fantasioso, o distanciamento entre as marcas em conflito torna-se impossível, pelo que o provável prejuízo aos interesses do titular da marca se faz presente pela própria existência do sinal infrator.

8. Presentes os quatro núcleos de proibição, o registro infrator deve ser anulado, com a determinação de abstenção de uso do sinal por parte da Apelada (Tema 950 do STJ).

9. Apelação provida. Sentença reformada para declarar a nulidade do registro n. 910.245.495, para a marca mista “VELOTROL”, por ofensa ao art. 126 da LPI c/c artigo 16 (3) do Acordo TRIPS, bem como para determinar a abstenção de uso do sinal pela Apelada HT85 DESIGN LTDA.

Destaca-se o item 7 do acórdão. O TRF-2 entendeu que apenas a falta de controle do titular na exploração de sua marca já é suficiente para a configuração do requisito de probabilidade de prejuízo, que o artigo 16.3 do TRIPS, como anteriormente mencionado, exige que esteja expressamente presente para atrair sua aplicação.

O caso VELOTROL, processo nº 5038491-50.2022.4.02.5101, ilustra perfeitamente a importância do artigo 16.3 do Acordo TRIPS. Caso o dispositivo não tivesse sido criado, a marca notória ficaria desprotegida quando imitada em segmento comercial distinto, tendo que aceitar sua imitação por terceiro que buscasse se aproveitar de seu conhecimento social, sem possuir remédio jurídico efetivo a seu favor.

CONCLUSÃO

Os requisitos para a aplicação do artigo 16.3 do TRIPS são: (i) a anterioridade é marca notoriamente conhecida; (ii) o sinal do qual se busca registro constitui reprodução, imitação ou tradução da marca notória; (iii) há suscetibilidade de indicar conexão com os bens ou serviços da titular da marca notória, mesmo que sejam de atividades distintas; (iv) há probabilidade de o uso do novo sinal causar prejuízo aos interesses do titular da marca notória.

O artigo 16.3 do TRIPS deve ser visto como uma garantia contra abusos e desvios, o suprimento de uma lacuna que poderia dar espaço para aproveitamento parasitário não expressamente previsto na legislação de propriedade industrial. Justamente por isto, não pode ser aplicado de modo a proteger marcas não notórias, ou aquelas que possuem distintividade reduzida. Entender em sentido oposto seria reconhecer alto renome para todas as marcas depositadas no órgão competente, o que claramente não é o objetivo do artigo e limitaria sobremaneira a liberdade comercial e a livre criação humana.

Por meio do artigo 16.3 do Acordo TRIPS, não há desamparo a marcas que atinjam relevante nível de reconhecimento do público, mas que não alcancem o patamar de alto renome exigido no art. 125 da LPI, o que representa relevante fortalecimento para o exercício da propriedade industrial.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista ESMAFE - 5ª**, v. 3, p. 125–145, 2002a.

ASCENSÃO, J. Oliveira. As funções da marca e os descritores (metatags) na internet. **Revista da ABPI**, n. 61, p. 44–52, dez. 2002b.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. Funções da propriedade intelectual: abuso de direito de marca e sinais desprovidos de poder distintivo – notas sob a ótica da livre concorrência. **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**, v. 8, p. 197–232, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2

BARBOSA, Denis Borges. **Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.233, de 28 jun. 1884**. Promulga a convenção, assignada em Pariz a 20 de Março de 1883, pela qual o Brazil e outros Estados se constituem em União para a protecção da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1884.

_____. **Decreto n. 9.289, de 21 fev. 2018**. Promulga o Protocolo de Emenda ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, adotado pelo Conselho-Geral da Organização Mundial do Comércio, em 6 de dezembro de 2005. Brasília: DOU, 22.02.2018.

_____. **Lei n. 9.279, de 14 mai. 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Senado Federal, 1996.

_____. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Manual de marcas**. 3. ed, 6. rev. Rio de Janeiro: INPI, jan. 2023. Disponível em <<http://manualdemarcas.inpi.gov.br/>>. Acesso em: 22 ago. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Segunda Turma Especializada). Apelação cível nº 5038491-50.2022.4.02.5101. Apelante: Viva Empreendimentos e Administração de Bens S/A. Apelados: Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e HT85 Design LTDA. Relator: Desembargador Federal Wanderley Sanan Dantas. Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2024. Disponível em: <<https://eproc.trf2.jus.br/>>. Acesso em: 01.07.2025.

CABRAL, Filipe Fonteles; MAZZOLA, Marcelo. O Teste 360° de Confusão de Marcas. **Revista da EMERJ**, v. 18, n. 69, p. 129–155, ago. 2015.

DINIS, Marisa. A Marca Notória e a Marca de Prestígio: Encontros e Desencontros Conceptuais. **Revista Propiedad Intelectual**, v. XI, n. 15, p. 111–136, 2012.

FERNANDEZ-NÓVOA, Carlos. El uso obligatorio de la marca registrada. **Actas de derecho industrial y derecho de autor**, v. 3, p. 13–48, 1976.

GONÇALVES, Luís M. Couto. **Função distintiva da marca**. Coimbra: Almedina, 1999.

KUR, Anette. Not Prior in Time, But Superior in Right: How Trademark Registrations Can be Affected by Third Party Interests in a Sign. **Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper**, v. 13–10, 2013.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Direito de marcas – Abordagem das marcas notório na Lei 9.279/96 e nos acordos internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOTTA, Fernando Previdi. Proteção jurídica da marca registrada e a influência de seu grau de distintividade. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, dez. 2018.

OTERO LASTRES, José Manuel. En torno a un concepto legal de marca. **Actas de derecho industrial y derecho de autor**, v. 6, p. 13–28, 1980 1979.

PIERCE, Vanessa Bowman. If It Walks Like a Duck and Quacks Like a Duck, Shouldn't It Be a Duck: How a Functional Approach Ameliorates the Discontinuity between the Primary Significance Tests for Genericness and Secondary Meaning. **New Mexico Law Review**, v. 37, n. 1, p. 147–187, Winter 2007.

RAMELLO, Giovanni B. What's in a sign? Trademark law and economic theory. **Journal of Economic Surveys**, v. 20, n. 4, p. 547–565, set. 2006.

SCHMIDT, Lélío Denicolo. Princípios aplicáveis aos sinais distintivos. *In*: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Orgs.). **Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHMIDT, Lélío Denicolo. **A distintividade das marcas**. São Paulo: Saraiva, 2013.



<https://emarf.trf2.jus.br>

Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar • Centro • Rio de Janeiro • RJ
☎ (0xx21) 3218-8648 • 3218-8646 • 3218-8645
<http://emarf.trf2.jus.br>



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região