



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU FUNCIÓN DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

José Manuel Busto Lago

**COMPREENDENDO A DECADÊNCIA DEMOCRÁTICA MULTIDIMENSIONAL: LIÇÕES DECORRENTES DA ASCENSÃO DE JAIR BOLSONARO NO BRASIL**

Tom Gerald Daly

**A DESCONFIANÇA NO SISTEMA ELEITORAL COMO FATOR DE COMPROMETIMENTO DO CAPITAL SOCIAL ELEITORAL**

Ana Laura Rodrigues

Laura Gabriella Muniz da Silva

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

**NARRATIVAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NA MINUSTAH**

Aline Prado Atassio

Israel Aparecido Gonçalves

**CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA CESSÃO DE CRÉDITO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA**

Roberto Oliveira Filho

Letícia Machel Lovo

**O QUE É GOVERNANÇA DA INTERNET?**

- UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA

Paloma Rocillo

Felipe Marcelo Duarte

Juliana Roman

**TENSIONANDO ENTRE A VIDA E A MORTE: A JURIDIFICAÇÃO REATIVA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NO BRASIL**

Clarindo Epaminondas de Sá Neto

Tayná Ferreira

**LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA EN EL SIGLO XXI: LÍMITES DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y EL ASCENSO DE LA NUEVA DERECHA EN BRASIL**

Isabella Cristina Lunelli

Marina Correa de Almeida

**INCORPORANDO OS VALORES E DIREITOS FUNDAMENTAIS À CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE NA CONSERVAÇÃO DA AMAZÔNIA LEGAL NO BRASIL**

Hanieri Alves da Silva

**O LETRAMENTO VERNACULAR É UM DIREITO FUNDAMENTALMENTE HUMANO: OS DIÁLOGOS PEDAGÓGICOS COMO PRÁTICAS SOCIAIS PARA O ENSINO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL**

Alexandra Gomes dos Santos Matos

REVISTA JURÍDICA



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil  
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil  
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal  
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

---

### Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
v. 5, n. 10, (jul./dez. 2021) – Mossoró, 2021 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340

CDU: 34

---

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120

**Revista Jurídica da UFERSA (REJUR)** | ISSN: 2526-9488

Rua Francisco Mota, 572, CCSAH, Sala 09, 59625-900, Mossoró, RN, Brasil

[rejur.direito@ufersa.edu.br](mailto:rejur.direito@ufersa.edu.br)

<https://www.facebook.com/rejurufersa/> | <https://www.instagram.com/rejurufersa/>



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Pareceristas desta Edição

Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho | CLARETIANO | São Paulo, SP, Brasil  
Me. Alessandra Scherma Schurig | UFBA | Salvador, BA, Brasil  
Me. Angelica Denise Klein | FEEVALE | São Leopoldo, RS, Brasil  
Me. Carolina Merida | UNISINOS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dra. Cintia Maria Scheid | TABELIONATO | Curitiba, PR, Brasil  
Dra. Cleide Calgaro | UCS | Caxias do Sul, RS, Brasil  
Dr. Daniel Alves Pessoa | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Francisco Geraldo Matos Santos | UFPA | Belém, PA, Brasil  
Me. Gustavo Viegas Marcondes | PUC | São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Hernán Alejandro Olano García | UNICOC | Bogotá, Colômbia  
Me. Jacson Gross | UNILASALLE | Canoas, RS, Brasil  
Dr. João Adolfo Ribeiro Bandeira | UFCA | Juazeiro do Norte, CE, Brasil  
Me. José Neto Barreto Júnior | UFPB | Santa Rita, Brasil  
Dr. L'Inti Faiad | UNICID | São Paulo, SP, Brasil  
Me. Lucas Baffi Ferreira Pinto | UVA | Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Me. Lucas Santos de Almeida | UNIP | São Paulo, SP, Brasil  
Me. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena | FDUL | Lisboa, Portugal  
Dr. Marcelo Maurício da Silva | UNIRN | Natal, RN, Brasil  
Dra. Mariane Camargo D'Oliveira | OAB | Santa Cruz do Sul, RS, Brasil  
Dra. Marianny Alves | FCG | Campo Grande, MS, Brasil  
Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Me. Rafael Barbosa Firpo | FDUC | Coimbra, Portugal  
Dr. Rômulo Magalhães Fernandes | IJUCI | Seritinga, MG, Brasil  
Dr. Valter Moura Do Carmo | UNIMAR | Marília, SP, Brasil  
Dr. Victor Hugo Criscuolo Boson | UFSB | Itabuna, BA, Brasil  
Me. Winston de Araújo Teixeira | UFPB | João Pessoa, PB, Brasil

### Assessoria Técnica

Esp. Fernando Afonso Marques de Melo | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Cíntia Mariele Freire Beserra | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil



## NOTA EDITORIAL

É com muita satisfação que apresentamos o mais novo número da Revista Jurídica da Ufersa (Vol. 5, n. 10, jul./dez., 2021). Essa edição encerra o Volume 5 em um quinquênio de muito aprendizado e socialização de pesquisas de alto nível com todos os nossos leitores.

A crise sanitária causada pela pandemia Covid-19 impactou diretamente essa edição. O cumprimento de prazos – em que pese todo o cuidado editorial –, acabou afetando o trabalho coletivo de todos que fazem a REJUR, como autores, avaliadores e a própria equipe técnica. O pequeno atraso na publicação desse número, por outro lado, não impediu a excelente qualidade de todos os artigos que compõem esse volume.

A Revista Jurídica da Ufersa continua sendo um periódico online e de acesso aberto, veiculando artigos que dialoguem com a área de concentração em Direito, Estado e Sociedade. Com fluxo contínuo de recebimento de artigos e periodicidade semestral, a revista encontra-se com publicações regulares e com rápido *Fast-track* para autores e autoras, com forte atuação nas boas práticas editoriais e em pleno diálogo com as diretrizes da área do Direito na CAPES para mantermos o padrão de qualidade nacionalmente exigido.

Com 10 novos artigos, a REJUR apresenta aos leitores um conjunto interdisciplinar de pesquisas que dialoga diretamente com a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. Os dois primeiros artigos são contribuições internacionais e foram convidados pelo Conselho Editorial da Revista.

A primeira contribuição vem da Espanha, com o Prof. Dr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, com o artigo “La responsabilidad civil y su función de tutela del Derecho a la Protección de los Datos Personales: una visión desde el Derecho de la Unión Europea”.

A segunda contribuição veio com o Prof. Dr. TOM GERALD DALY, da *The University of Melbourne* (Austrália), que publica em língua portuguesa o texto “Compreendendo a decadência democrática multidimensional: lições decorrentes da ascensão de Jair Bolsonaro no Brasil”. Esse texto foi traduzido pelos Professores RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL e ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS, ambos do PPGD, após a autorização do autor e dos editores da versão original em inglês, em 2020, na *The Law & Ethics of Human Rights*.

As autoras ANA LAURA RODRIGUES, LAURA GABRIELLA MUNIZ DA SILVA e FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA apresentam aos leitores uma relevante pesquisa sobre “A desconfiança no sistema eleitoral como fator de comprometimento do capital social eleitoral”.

Na sequência, outra importante contribuição vem com ALINE PRADO ATASSIO e ISRAEL APARECIDO GONÇALVES, com o texto “Narrativas sobre a participação do Brasil na Minustah: uma análise das produções acadêmicas dos anos 2005-2017”.

O texto “Cessão da posição contratual: semelhanças e diferenças entre os institutos da cessão de crédito e assunção de dívida” é o próximo a compor o volume, com a contribuição dos pesquisadores ROBERTO OLIVEIRA FILHO e LETÍCIA MACHEL LOVO.

O próximo texto traz uma importante reflexão: “O que é governança da internet? - uma revisão sistemática de literatura”, produzida por PALOMA ROCILLO, FELIPE MARCELO DUARTE e JULIANA ROMAN.

De Santa Catarina, os pesquisadores CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO e TAYNÁ FERREIRA discutem “A juridificação reativa dos Direitos sexuais e reprodutivos no Brasil”.

“Los derechos humanos de los pueblos indígenas de la Amazonía en el siglo XXI: límites del desarrollo sustentable y el ascenso de la nueva derecha en Brasil”, de autoria de ISABELLA CRISTINA LUNELLI e MARINA CORREA DE ALMEIDA, problematiza a necessidade de proteção de minorias frente aos desafios que envolvem a polarização política no país.

A penúltima contribuição é de HANIERI ALVES DA SILVA, com o texto “Incorporando os valores e direitos fundamentais à Constituição: uma análise da efetividade na conservação da Amazônia Legal no Brasil”.

Fechando essa edição, a pesquisadora ALEXANDRA GOMES DOS SANTOS MATOS apresenta a pesquisa “O letramento vernacular é um Direito fundamentalmente humano: os diálogos pedagógicos como práticas sociais para o ensino da educação básica no Brasil”.

No ano em que encerramos o primeiro quinquênio, a REJUR tem muito a agradecer a todos que contribuíram direta e indiretamente para a consolidação de nosso periódico. Um processo editorial é complexo e envolve esforços colaborativos de autores, avaliadores, equipe técnica, conselho editorial e editores para proporcionar aos leitores uma revista de qualidade. Esse trabalho não seria possível sem a atuação da graduanda em Direito CÍNTIA MARIELE FREIRE BESERRA, do mestrando em Direito, FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO e do Editor Adjunto, MARCELO LAUAR LEITE. Por essa razão, registramos nossos sinceros agradecimentos.

Por fim, desejamos uma excelente leitura!

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
EDITOR-CHEFE | FEVEREIRO 2022



## SUMÁRIO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU FUNCIÓN DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA | **1-60**

**DR. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO**

COMPREENENDO A DECADÊNCIA DEMOCRÁTICA MULTIDIMENSIONAL: LIÇÕES DECORRENTES DA ASCENSÃO DE JAIR BOLSONARO

NO BRASIL | **61-84**

**DR. TOM GERALD DALY**

A DESCONFIANÇA NO SISTEMA ELEITORAL COMO FATOR DE COMPROMETIMENTO DO CAPITAL SOCIAL ELEITORAL: A DESCREDIBILIDADE QUE RETROCEDE NOS AVANÇOS DEMOCRÁTICOS | **85-106**

**ANA LAURA RODRIGUES**

**LAURA GABRIELLA M. DA SILVA**

**DRA. FLAVIANNE FERNANDA B. NÓBREGA**

NARRATIVAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NA MINUSTAH: UMA ANÁLISE DAS PRODUÇÕES ACADÊMICAS DOS ANOS 2005-2017 | **107-127**

**ME. ISRAEL APARECIDO GONÇALVES**

**DRA. ALINE PRADO ATASSIO**

CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA CESSÃO DE CRÉDITO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA | **128-150**

**ME. ROBERTO OLIVEIRA FILHO**

**ME. LETICIA MACHEL LOVO**

O QUE É GOVERNANÇA DA INTERNET?

- UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA | **151-178**

**PALOMA ROCILLO**

**FELIPE MARCELO DUARTE**

**JULIANA ROMAN**

A JURIDIFICAÇÃO REATIVA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL | **179-193**

**DR. CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO**

**TAYNÁ FERREIRA**

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA  
EN EL SIGLO XXI: LÍMITES DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y EL ASCENSO DE  
LA NUEVA DERECHA EN BRASIL | **194-212**

**DRA. ISABELLA CRISTINA LUNELLI**  
**DRA. MARINA CORREA DE ALMEIDA**

INCORPORANDO OS VALORES E DIREITOS FUNDAMENTAIS À  
CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE NA CONSERVAÇÃO DA  
AMAZÔNIA LEGAL NO BRASIL | **213-228**

**ME. HANIERI ALVES DA SILVA**

O LETRAMENTO VERNACULAR É UM DIREITO FUNDAMENTALMENTE  
HUMANO: OS DIÁLOGOS PEDAGÓGICOS COMO PRÁTICAS SOCIAIS PARA O  
ENSINO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL | **229-252**

**ME. ALEXANDRA GOMES DOS SANTOS MATOS**



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU FUNCIÓN DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CIVIL LIABILITY AND ITS FUNCTION OF GUARDING THE RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA: A VISION FROM THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO \*

## RESUMO<sup>1</sup>

Nesse trabalho, o autor investiga a função e a responsabilidade civil adjacente à tutela da Proteção de Dados Pessoais a partir do Direito Comunitário Europeu, debatendo questões de ordem material e processual no marco normativo vigente. Seu desenvolvimento tem em consideração, também, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Trata-se de estudo abrangente, repercutindo debates em torno de temas amplos como os ligados à legitimidade, aos serviços digitais e aos processos e procedimentos de indenização e ressarcimento quando da prática de atos de violação.

**Palavras-chave:** Proteção de Dados Pessoais. Responsabilidade Civil. Direito da União Europeia.

## ABSTRACT<sup>2</sup>

In this work, the author investigates the role and civil liability adjacent to the protection of Personal Data Protection based on European Community Law, debating material and procedural issues within the current regulatory framework. Its development also considers the Brazilian General Data Protection Law. It is a comprehensive study, echoing debates around broad themes such as those related to legitimacy, digital services and indemnification and reimbursement processes and procedures when acts of violation are committed.

**Keywords:** Protection of Personal Data. Civil responsibility. European Union Law.

\* Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade da Coruña (UDC).  
Doutor em Direito Civil pela UDC  
[jose.busto.lago@udc.es](mailto:jose.busto.lago@udc.es)

Recebido em 10-1-2022 | Aprovado em 10-1-2022<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>2</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>3</sup> Artigo convidado. **Nota do autor:** este estudio es una reelaboración de la ponencia titulada «Protección de datos personales y responsabilidad civil», impartida en el *V Congreso Internacional sobre el Derecho de Daños* celebrado en Madrid los días 12 y 13 de marzo de 2020 y publicada en *Derecho de Daños 2020*, Ed. Lefebvre, Madrid, 2020, pgs. 443 a 512; incluyendo algunas referencias comparadas con la vigente regulación de la materia





## SUMÁRIO

**1. EL MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL; 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL RESPONSABLE Y DEL ENCARGADO DE TRATAMIENTO Y EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DEL TITULAR PERJUDICADO EN EL RGPD; 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA: EL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES QUE HA EXPERIMENTADO EL DAÑO O PERJUICIO: 3.1. Acciones indemnizatorias individuales. 3.2. La legitimación para la tutela post mortem». 3.3. Acciones indemnizatorias colectivas; 4. LEGITIMACIÓN PASIVA: 4.1. El responsable del tratamiento. 4.2. El encargado del tratamiento. 4.3. Las relaciones jurídicas entre el responsable y el encargado de tratamiento y su incidencia en la imputación de la responsabilidad civil. 4.4. El delegado de protección de datos. 4.5. El representante en la UE del responsable o del encargado de tratamiento. 4.6. Responsables y encargados de tratamiento que sean autoridades o Administraciones Públicas; 5. SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE RESPONSABLES; 6. PRESUPUESTO OBJETIVO: INFRACCIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES (LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA); 7. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LOS SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS RESPONSABLES Y DE LOS ENCARGADOS DE TRATAMIENTO: 7.1. La naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento. 7.2. Naturaleza subjetiva de la responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento: 7.2.1. La naturaleza de la responsabilidad civil en la LOPDCP. 7.2.2. La naturaleza de la responsabilidad civil en el artículo 82 del RGPD; 8. LA NO APLICACIÓN DEL RGPD A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN INTERNET (ISPs); 9. TIPOLOGÍA DE DAÑOS RESARCIBLES: SUPUESTOS PARTICULARES DE TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES ILÍCITOS QUE GENERAN DAÑOS Y PERJUICIOS RESARCIBLES AL TITULAR DE LOS DATOS: 9.1. Consideración general. 9.2. Daños materiales o patrimoniales. 9.3. Daños morales o extrapatrimoniales: lesiones del derecho al honor. 9.4. El llamado derecho al olvido y las consecuencias jurídicas de su infracción; 10. LA INDEMNIZACIÓN DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES QUE HA RESULTADO DAÑADO O PERJUDICADO: 10.1. Precisiones generales sobre la acción ejercitando el derecho a la indemnización por el interesado perjudicado. 10.2. Criterios jurisprudenciales sobre el derecho a la indemnización; 11. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y ACCIÓN INDEMNIZATORIA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

### **1 EL MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

Uno de los derechos que las normas reguladoras de la protección de datos personales reconocen a los titulares de los mismos cuando éstos son objeto de tratamiento ilícito -entendiendo como tal cualquier tratamiento que vulnere alguno de los derechos de los interesados en su protección y, en particular, el propio derecho a la protección de los datos personales<sup>4</sup>,

---

que constituye su objeto en la *Lei núm. 13.709/2018, Geral de Proteção de Dados* [Nota dos Editores: a última referência do autor se refere à LGPD brasileira].

<sup>4</sup> La STC, Pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, en su F.J. 7º, declara que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales,

conforme a la previsiones de la norma de la UE o de la norma nacional, en su caso-, causando daños o perjuicios a los titulares de aquellos es el derecho a la indemnización. Se erige así la responsabilidad civil extracontractual como instrumento o mecanismo de tutela también en este ámbito, junto con la protección dispensada por las normas administrativas y también las penales para aquellos supuestos de actuaciones ilícitas imputables al responsable o al encargado del tratamiento merecedoras de un mayor reproche por el Derecho y que hayan sido objeto de tipificación expresa. Este mecanismo de protección de los datos personales frente a conductas de vulneración del correlativo derecho subjetivo se contempla también en los arts. 42 a 45 de la *Lei (brasileña) núm. 13.709/2018, Geral de Proteção de Dados* (en adelante, LGPD), cuya regulación se inspira en la regulación de los datos personales realizada por la Unión Europea (en adelante, UE).

En virtud del derecho a indemnización, el interesado, cuyos datos personales son objeto de tratamiento, que haya sufrido daños y perjuicios patrimoniales o morales (extrapatrimoniales) como consecuencia de una infracción del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante, *Reglamento General de Protección de Datos* o RGPD)<sup>5</sup>, o de la Ley Orgánica (española) 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (en adelante, LOPD-PGDD)<sup>6</sup>- y de otras normas de rango legal complementarias, como es el caso del art. 96 del *Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU) en relación con las comunicaciones comerciales destinadas a consumidores y usuarios-, tiene derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido y que el perjudicado podrá hacer valer a través del ejercicio de la acción de responsabilidad civil

---

*que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular».* Este pronunciamiento es reiterado en el F.J. 5º de la STC 76/2019, de 22 de mayo, que declaró la inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 58.bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, *del régimen electoral general*, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*.

<sup>5</sup> DOUE de 4 de mayo de 2016, L 119/1. El RGPD entró en vigor a partir de los veinte días de su publicación en el DOUE, siendo aplicable en todos los Estados miembro a partir del día 25 de mayo de 2018 (ex art. 99 del RGPD). La ya citada STC 76/2019, de 22 de mayo, respecto del valor normativo del RGP, recuerda que sin perjuicio de su valor interpretativo a los efectos del art. 10.2 de la CE, de la misma forma que en el pasado el TC se lo atribuía a la Directiva 95/46/CE que ha sido sustituida por aquel (v.gr., SSTC 94/1998, de 4 de mayo [RTC 1998, 94], FJ 4; 144/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 144], FJ 8; 202/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999, 202], FJ 5; 70/2009, de 23 de marzo [RTC 2009, 70], FJ 2; y 29/2013, de 11 de febrero [RTC 2013, 29], FJ 5), la eficacia jurídica del RGPD no se agota, desde luego, en el valor hermenéutico que despliega a los efectos del art. 10.2 de la CE, esto es, en el plano de la constitucionalidad, pues en el seno de nuestro Ordenamiento jurídico representa sobre todo un acto jurídico "obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro", como luce al final del texto, con las características inherentes al Derecho de la UE.

<sup>6</sup> BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. La LOPDPGDD entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (ex DF 16ª) y derogó de manera expresa la LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*; así como el RD-Ley 5/2018, de 27 de julio, *de medidas urgentes para la adaptación al Derecho español a la normativa de la UE en materia de protección de datos*; y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la propia LOPDPGDD (ex DD Única).

extracontractual, ejercitada en el procedimiento civil o, en su caso, de manera acumulada al ejercicio de la acción penal.

El RGPD sitúa el epicentro de la responsabilidad en la protección de la integridad de los derechos de los titulares de datos personales sobre el llamado responsable de tratamiento y sobre el encargado de tratamiento, que responden de manera conjunta de cualquier infracción o vulneración de las normas aplicables en orden a la protección de los datos personales, conforme resulta de la previsión de su art. 24. En efecto, tanto el responsable, como el encargado de tratamiento, durante todo el periodo temporal que se mantenga el tratamiento de datos personales están coobligados a asegurar o garantizar, de conformidad con las obligaciones impuestas por el RGPD, la adopción de las medidas de seguridad técnicas y organizativas adecuadas para evitar cualquier infracción o vulneración de sus normas (*ex art. 32 del RGPD*). Es el conocido como principio de *accountability*», que constituye el principio rector de la regulación del RGP, conforme a la lógica propia de la *compliance*»<sup>7</sup>: ser responsable de la conformidad y dar cuenta de esta conformidad. A estos efectos, en el RGPD se prevén instrumentos preordenados a asegurar la adecuación del tratamiento de datos a este principio una vez los datos personales son recogidos, tratados y conservados (*v.gr.*, previsión de registros de conformidad para documentar las acciones realizadas –arts. 30 y 35 del RGPD–), en su caso con la colaboración del llamado delegado de protección de datos (arts. 35 y 37 del RGPD). Tomando en consideración este principio angular de la regulación del RGPD, el responsable y el encargado de tratamiento deben estar, en todo momento, en situación de poder acreditar, ante las autoridades administrativas nacionales competentes (la AEPD o, en su caso, la Autoridad Catalana de Protección de Datos<sup>8</sup> o la Agencia Vasca de Protección de Datos<sup>9</sup>; estas dos últimas con sus competencias circunscritas al tratamiento de dato personales llevado a cabo por Administraciones y organismos públicos), el cumplimiento de todas las normas que rigen el tratamiento de datos personales.

La previsión expresa del derecho del titular de datos personales a la indemnización en caso de tratamiento ilícito no es algo novedoso que haya introducido el RGPD, sino que ya que estaba previsto en la derogada Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de

<sup>7</sup> BIURRUM, F.J.: «*“Accountability” o responsabilidad activa en el Reglamento General de Protección de Datos*», AJA, núm. 927, 25 de febrero de 2017, pg. 28.

Este principio se acoge también en el Derecho de Brasil. En particular, a tenor del inciso X del art. 6 de la LGPD, no es suficiente con cumplir con los artículos de la Ley, sino que es necesario, además, demostrar la adopción de medidas eficaces y capaces de comprobar la observancia y el cumplimiento de las normas de protección de datos personales, así como la eficacia de estas medidas, de manera que no incumplir la Ley no es suficiente para que los agentes de tratamiento de datos personales no puedan incurrir en infracciones de naturaleza administrativa o en supuestos de responsabilidad civil. En este sentido, se pronuncian, *v.gr.*, BODIN DE MORAES, M<sup>ª</sup>C.; DE QUEIROZ, J.Q.: «Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD», en *Cadernos Adenauer*, Vol. 3 (*Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico*), Ed. Fundação Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 2019, pg. 129 (en donde hablan de la vinculación de la responsabilidad de los agentes de tratamiento de datos con el conceto de «*prestação de contas*»); y, siguiendo a los anteriores, DA SILVA LIMA, H.: «Responsabilidade civil objetiva, subjetiva ou proativa? Pela Lei Geral de Proteção de Dados e suas implicações: contexto brasileiro», *Revista Jurídica de Danos*, núm. 24, diciembre de 2021, expresamente la pg. 6.

<sup>8</sup> Ley, Generalitat de Cataluña, 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos (DOG núm. 5731, de 8 de octubre de 2010).

<sup>9</sup> Ley, Parlamento de Euskadi, 2/2004, de 25 de febrero, de *Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos*; desarrollada, por lo que se refiere a la propia Agencia, por el Decreto 309/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. En particular, el Considerando 55 de esta Directiva 95/46/CE preconizaba que las legislaciones nacionales debían prever un recurso judicial para los casos en los que el responsable del tratamiento de datos no respetase los derechos de los interesados; al tiempo que señalaba que los daños que pueden sufrir las personas a raíz de un tratamiento ilícito de su datos responsables habrían de ser reparados por el responsable del tratamiento de datos; al tiempo que en el apartado 1 de su art. 23, rubricado *responsabilidad*», preveía que los Estados miembro dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. A su vez, el art. 19.1 de la derogada LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*<sup>10</sup> -inmediatamente después de que los artículos precedentes estableciesen y regulasen los derechos de acceso, de consulta al Registro General de Protección de Datos, de rectificación, de oposición y de cancelación, así como el procedimiento para ejercitarlos- y en términos similares a los previstos en el art. 17.3 de la por ella derogada LO 5/1992, de 29 de octubre, *de regulación del tratamiento automatizado de datos personales* – si bien, de una forma técnicamente más correcta, al individualizar el derecho a la indemnización frente a la protección de carácter administrativo dispensada por la Agencia de Protección de Datos (AEPD) y extender la legitimación pasiva al encargado del tratamiento-, bajo la rúbrica *derecho a indemnización*», establecía que:

*Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados».*

Con este precepto, el legislador español daba respuesta a la exigencia que se derivaba de la previsión contenida en el referido art. 23 de la Directiva 95/46/CE.

## 2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL RESPONSABLE Y DEL ENCARGADO DE TRATAMIENTO Y EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DEL TITULAR PERJUDICADO EN EL RGPD

La vigente LOPDPGDD no contiene previsión específica alguna en relación con la responsabilidad civil en la que pueden incurrir, como consecuencia de la causación de daños y/o perjuicios a los titulares de datos personales objeto de tratamiento, los responsables o los encargados de su tratamiento, de manera que ha de estarse a la previsión contenida en el art. 82 del RGPD, directamente aplicable para regular la cuestión que nos ocupa, haciéndolo de una manera uniforme en todos los Estados miembro de la UE, al tratarse de una norma de aplicación directa, frente la divergencia de las normas nacionales dictadas con ocasión de la transposición de las previsiones del art. 23.1 de la Directiva 95/46/CE. Ha de tenerse en cuenta que el art. 82 del RGPD no es la única norma del Derecho derivado de la UE que contempla el

<sup>10</sup> BOE núm. 298, 14 diciembre 1999.

derecho del titular de datos personales que ha sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito a ser resarcido. Es el caso del art. 56 *-Derecho a la indemnización-* de la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo*<sup>11</sup>, a tenor del cual, *los Estados miembros dispondrán que toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una operación de tratamiento ilícito o de cualquier acto que vulnere las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva tenga derecho a recibir una indemnización del responsable o de cualquier autoridad competente en virtud del Derecho del Estado miembro por los daños y perjuicios sufridos».*

La regulación del derecho a la protección de datos vigente, el derecho de indemnización del titular o interesado perjudicado y la consiguiente responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento está contemplada en el art. 82 del RGPD. Como se expone en los epígrafes que siguen, esta nueva regulación uniforme para el conjunto de los Estados de la UE solventa alguna de las cuestiones no resueltas, al menos de manera expresa, por el derogado art. 19 de LOPD. En su apartado 1º, este precepto establece que toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del propio Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o del encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; y, en particular, en su apartado 6º, este mismo artículo indica que las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el art. 79, apartado 2. Este artículo, al que remite expresamente el art. 82.6 del RGPD, hace referencia a que, con carácter general, las acciones deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento, si bien alternativamente podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos.

La estimación de una acción indemnizatoria fundada en el art. 82 del RGPD exige que el actor, en su condición de perjudicado pruebe la concurrencia de los siguientes presupuestos: la infracción de las normas sobre protección de datos personales previstas en el propio RGPD o en la LOPDPGDD, la imputación de esta infracción al responsable o al encargado de

---

<sup>11</sup> DOUE de 4 de mayo de 2016, L 119/89. En la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE* (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) [COM/2017/010 final - 2017/03 (COD)] se prevé la introducción de un art. 22, rubricado *«Derecho a indemnización y responsabilidad»* del siguiente tenor: *«Todos los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas que hayan sufrido perjuicios materiales o morales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrán derecho a recibir una indemnización del infractor por los perjuicios sufridos, a menos que el infractor demuestre que no es en modo alguno responsable del hecho que haya dado lugar al perjuicio de conformidad con el artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679».*

tratamiento de los datos personales, la existencia de un daño o de un perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, así como la existencia de una relación causal entre el tratamiento ilícito y el daño o perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

### 3 LEGITIMACIÓN ACTIVA: EL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES QUE HA EXPERIMENTADO EL DAÑO O PERJUICIO

#### 3.1. Acciones indemnizatorias individuales

El art. 82.1 del RGPD atribuye el derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios a *toda persona* que los haya sufrido como consecuencia de una infracción de las previsiones contenidas en el propio Reglamento. El amplio tenor literal del precepto podría conducir a admitir la legitimación activa de cualquier persona, física o jurídica, que haya sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de la referida conducta imputable a un responsable o a un encargado de tratamiento de datos personales, con independencia de la condición de aquélla de titular de los datos personales objeto de tratamiento y cuyo tratamiento ilícito, precisamente ha determinado la causación de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende. Sin embargo, no parece que esta interpretación amplia resulte amparada por la interpretación sistemática de la norma, debiendo restringirse la legitimación activa a aquellas personas físicas cuyos datos son objeto de tratamiento y ello por cuanto<sup>12</sup>: 1º) El RGPD se refiere exclusivamente a las personas físicas como titulares de datos personales (art. 1.1 y 2), lo que determina la exclusión de las personas jurídicas de su ámbito subjetivo de aplicación<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Comparto así expresamente el parecer expresado por RUBÍ PUIG, A.: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 4, octubre-diciembre de 2018, pg. 60.

<sup>13</sup> En particular, la STS, Sala de lo Civil, 68/2016, de 16 de febrero [RJ 2016\563], en relación con un supuesto de pretendida lesión del derecho al honor de una persona jurídica por cesión de sus datos a un fichero de morosos, declara que la normativa sobre la protección de datos de carácter personal sólo es aplicable a las personas físicas. En cuanto al reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas –que carecen de los otros dos derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 de la CE (intimidad y propia imagen)- no ha sido una cuestión pacífica. En, efecto, en un primer momento la jurisprudencia limitó su titularidad a las personas físicas, de manera que los mecanismos de tutela de las posibles injerencias en su ámbito (en esencia, la acción de responsabilidad civil fundada en la LO 1/1982, de 5 de mayo) propio no resultaban de aplicación a las personas jurídicas. Sin embargo, a partir de las SSTC 214/1991, 139/1995, de 26 de septiembre y 183/1995, de 11 de noviembre (también parte de esta premisa, *v.gr.*, la STC 79/2014, de 28 de mayo), aquella doctrina inicial ha mudado a favor de su reconocimiento definitivo y expreso (*v.gr.* STS, Civil, 861/1997, de 9 de octubre), si bien su ámbito se ha limitado por el TS a las personas jurídicas privadas, rechazando el Tribunal Supremo que las personas jurídicas públicas sean titulares del derecho fundamental al honor (STS núm. 408/2016, de 15 de junio, que considera que su dignidad, el prestigio y la autoridad moral «son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor»). Se produce así la extensión de la protección y garantía del derecho al honor a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a su prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio, moral, con repercusión en el patrimonial, por su pérdida reputacional en el mercado –y en el conjunto de la sociedad-, sus resultados negativos y que puede traducirse en una pérdida de confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello, como consecuencia de que también las personas jurídicas ostentan la titularidad del derecho al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación

Sin perjuicio de ello, el art. 78.1 del RGPD sí admite la legitimación activa de las personas jurídicas en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva frente a una autoridad nacional de control y ello por cuanto, se trata de procedimientos en los que estarán habitualmente involucrados responsables y encargados de tratamiento –e, incluso, delegados de protección de datos- que, con frecuencia, tendrán la naturaleza jurídica de personas jurídicas; al tiempo que la legitimación activa de determinadas personas jurídicas se admite en relación con el ejercicio de acciones colectivas de tutela de conformidad con las previsiones del art. 80 del RGPD y en el caso de que tengan amparo en las previsiones de los Derechos procesales nacionales, como seguidamente se expone. 2º) Los arts. 77 y 79 del RGPD se refieren exclusivamente a los *interesados*» al regular, respectivamente, los derechos a presentar una reclamación ante una autoridad de control y a la tutela judicial efectiva frente a un responsable o a un encargado de tratamiento y lo hacen en línea con la previsión del Considerando 146 del propio RGPD que alude al derecho de los *interesados*» a recibir una indemnización total y efectiva de los daños sufridos.

En relación con el concepto de *interesado*» en el RGPD, hemos de estar a la previsión de su art. 4.1, a tenor del cual, *interesado*» es una *persona física identificada o identificable*», respecto de la que se produzca el tratamiento de cualquier información considerada como datos personales, precisando que se considerará como persona física identificable *toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*». Lo cierto es que el término *interesado*» utilizado en la versión en español del RGPD, similar al *interessato*» de la versión italiana y a los de *personne concernée*» y *betroffene Person*» de las versiones francesa y alemana respectivamente, no son los técnicamente más correctos, debiendo haberse utilizado la expresión titular de los datos personales, de manera concordante con el término *data subject*» de la versión en inglés del Reglamento y *titular dos dados*» de su versión en portugués.

### 3.2. La legitimación para la tutela *post mortem*»

Sin perjuicio de los supuestos de sucesión procesal que se rigen de conformidad con las previsiones del art. 16 de la LECiv, merece una particular consideración la cuestión atinente

---

profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a las que también les afecta, en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en que están integradas.

La consecuencia fundamental del reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas radica en que, en el caso de ser vulnerado, están legitimadas activamente para acudir a los mecanismos de tutela previstos a estos efectos, como acontece con la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*; y también con el procedimiento especial contencioso-administrativo de tutela de los derechos fundamentales contemplado en los arts. 115 y ss. de la LJCA que tiene una tramitación de carácter de preferente y urgente. La cuestión dudosa que se plantea en el caso que nos ocupa radica en que el objeto de este procedimiento especial lo constituyen los actos de las Administraciones Públicas, sujetas al Derecho administrativo en cuanto afecte a los derechos fundamentales que señala el art. 53.2 de la Constitución (entre los que está el derecho al honor); es decir, podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32 CE, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado, siendo su plazo de interposición de 10 días.

a la legitimación activa para el ejercicio de acciones de protección de los derechos sobre datos personales de personas físicas tras el fallecimiento de éstas y, en particular, la determinación de la posibilidad de su tutela *post mortem*» y de identificación de las personas que gozan de legitimación activa en estos supuestos, en particular para el ejercicio de las acciones indemnizatorias. A tenor de la doctrina que resulta de las SSTC 43/2004, de 23 de marzo y 51/2008, de 14 de abril, la muerte de la persona que conlleva la extinción de la personalidad, entendida como idoneidad para ser titular de derechos subjetivos (capacidad jurídica), es compatible con la subsistencia, derivada del principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona (*ex art. 10.1 de la CE*), de un derecho al respeto de los derechos existenciales de la persona, de los que disfruta en vida, incluso tras su fallecimiento (derecho al respeto de la personalidad *pre-térta*). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, cada vez son más los contenidos digitales, ordinariamente de naturaleza extrapatrimonial, vinculados a datos personales, que son transmisibles *mortis causa*», aun cuando, con frecuencia, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (*v.gr., Google, Facebook, Amazon, etc.*) pretendan limitar contractualmente la referida transmisibilidad, planteándose la cuestión relativa la transmisión de su titularidad y, vinculada a ella, la legitimación del ejercicio de los derechos derivados de la misma, habiendo recibido alguna respuesta expresa en leyes autonómicas, como es el caso de la Ley 10/2017, de 27 de junio, *de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del CC de Cataluña*<sup>14</sup>. El art. 96.4 de la LOPDPGDD expresamente dispone la aplicación preferente de las normas de Derecho civil propio de las CCAA en el caso de que existan en relación con las propias previsiones del referido precepto, si bien refiere su ámbito de subjetivo de aplicación, de manera técnicamente incorrecta, a las *personas fallecidas en las comunidades autónomas con Derecho civil, foral o especial, propio*», cuando debería referirlo a las personas fallecidas con una vecindad civil correspondientes a una CA con un Derecho civil propio (al ser éste el criterio que ha de tomarse en consideración para determinar el Derecho aplicable).

Respecto de la cuestión que se ha planteado no existe previsión expresa alguna en el RGPD, pero sí en la LOPDPGDD, en cuyo art. 96 se contiene una previsión sobre el denominado derecho al testamento digital<sup>15</sup>, en el que se regula el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, atribuyendo legitimación para realizar aquel acceso a las personas vinculadas por el fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos y, en su caso al albacea testamentario. Fuera de este supuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos protegidos, concurren razones suficientes para argumentar, sobre la *eadem ratio*» existente en ambos supuestos, la aplicación analógica, de las previsiones expresas contenidas en el art. 6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, que extiende la legitimación activa de las personas que, de acuerdo

<sup>14</sup> Vid. OTERO CRESPO, M.: «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre de 2019, pgs. 89 a 133; DÍAZ ALABART, S.: *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Ed. Reus, Madrid, 2020; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDPGDD», *DPyC*, núm. 35, 2019, pgs. 169 a 212.

<sup>15</sup> En el Derecho italiano el art.2-terdecies fruto del Decreto legislativo n. 101/2018, de 10 agosto de 2018, que reformó el *Codice della Privacy* DLgs. 196/2003 (que ha entrado en vigor el 19 de septiembre de 2018), regula el denominado «*diritto all’eredità del dato in caso di decesso: I diritti riferiti a persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio o agisce a tutela dell’interessato, in qualità di suo mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione*».



con su art. 4 (la designada en testamento, el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y, en su caso, Ministerio Fiscal) la tienen para promover la defensa de la memoria de la persona fallecida, a los supuestos de lesiones producidas en vida del titular de los derechos de la personalidad, permitiéndoles el ejercicio de las acciones que la persona que ha padecido la intromisión ilegítima no haya podido ejercitar antes de su fallecimiento (por sí o por su representante legal), por las circunstancias en que la lesión se produjo (párrafo 1º), y para la continuación en las acciones que ya hubiera entablado (párrafo 2º)<sup>16</sup>. En ambos supuestos (a diferencia de lo que sucede en la defensa de la reputación de una persona fallecida) con el ejercicio o con la continuación de las acciones se pretende la tutela frente a las intromisiones ilegítimas sufridas en vida por el titular de los derechos y se previene el destino que ha de darse a la reparación de los daños que con ellas se le han causado en vida, a cuyos efectos, el inciso final del art. 9.4 de la LO 1/82 dispone que la indemnización que, en su caso, se establezca para resarcir el daño causado al titular de derecho lesionado, se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Si se admiten las premisas precedentes, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones para la protección de los derechos derivados de la necesaria tutela de los datos personales de la persona fallecida corresponderá a la persona que el fallecido haya designado, a los familiares (y no a los herederos), con fundamento en el *deber recíproco de protección existente entre los miembros de la familia*<sup>17</sup>, y, en defecto de todos ellos, al Ministerio Fiscal. Estas personas ejercerán la acción frente a las intromisiones o lesiones producidas *post mortem*, porque ostentan una legitimación *ope legis*, vinculada a un derecho, la dignidad protegida de la personalidad pretérita, cuya tutela pretenden con el proceso, apreciándose la independencia de la cualidad de legitimado con la de beneficiario de la indemnización que, en su caso, proceda por la lesión del derecho a la tutela de los datos personales, en tanto que las personas legitimadas, por la voluntad del fallecido o por disposición de la ley, no son, en atención a esta cualidad, destinatarios de la indemnización que, en su caso, se conceda.

### 3.3. Acciones indemnizatorias colectivas

El art. 80 del RGPD contempla la posibilidad de que, conforme a las disposiciones de los Derechos nacionales, los titulares de datos personales otorguen mandato a entidades, organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de aquellos interesados en materia de protección de sus datos personales, en orden a que presenten, en su nombre, la reclamación y ejerzan, también en su nombre, los derechos contemplados en los

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, ampliamente, HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: «La protección *post mortem*» de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido», en *Bienes de la Personalidad. XII Jornadas de la APDC*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pgs. 108 y ss.

En relación con la argumentación de la identidad de razón entre ambos supuestos, acaso resulte procedente señalar que, *v.gr.*, en el art. 151-4 de la *Propuesta de CC* elaborada por la APDC (publicada por la Ed. Tecnos, Madrid, 2018), se califica como intromisión ilegítima en la vida de una persona «*la revelación de datos privados de una persona o familia que se hayan conocido a través de la actividad profesional u oficial de quien los revele*», lo que permite ejercitar las acciones de tutela enunciadas en el art. 151-7 del misma *Propuesta de CC*, entre las que se haya la acción indemnizatoria de daños y perjuicios.

<sup>17</sup> IGARTUA ARREGUI, F.: «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona», *La Ley*, 1999-1, pg. 1068.

arts. 77 (presentar reclamaciones ante las autoridades de control), 78 (tutela judicial efectiva contra una autoridad de control), 79 (tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado de tratamiento) y el derecho a la indemnización en los términos del art. 82 del RGPD. El apartado 2º de este mismo art. 80 del RGPD prevé también que los Derechos nacionales puedan prever que cualquiera de las referidas entidades -entidades, organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de aquellos interesados en materia de protección de sus datos personales-, con independencia de la existencia de un mandato del interesado, tengan legitimación para presentar, en ese Estado miembro, una reclamación ante la autoridad de control competente en virtud del art. 77 del RGPD y a ejercer los derechos contemplados en los arts. 78 y 79, si consideran que los derechos del interesado reconocidos en el propio RGPD han resultado vulnerados como consecuencia del tratamiento realizado. Lo más llamativo de las previsiones del art. 80 del RGPD radica en que para que las entidades a las que se refiere puedan tener atribuida legitimación activa para el ejercicio de la acción indemnizatoria del art. 82 del RGPD se exige la concurrencia de un mandamiento expreso conferido por el interesado a favor de la entidad que ejercite, de manera colectiva, la acción que nos ocupa. La pregunta que, de manera evidente e inmediata surge, es la que sigue: ¿significa el distinto ámbito objetivo de los apartados 1 y 2 del art. 80 del RGPD que los Estados nacionales no pueden prever en sus Derechos internos acciones colectivas de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria para el caso de lesiones dañosas en materia de tratamiento de datos personales? La respuesta, a mi juicio, es evidentemente negativa, sin perjuicio de la criticable exclusión de la previsión expresa de la acción indemnizatoria o de daños en el apartado 2 del citado art. 80 del RGPD.

No se ha previsto por el legislador español una acción colectiva de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria para los casos de daños o perjuicios causados a una pluralidad de sujetos como consecuencia del tratamiento ilícito de datos personales, al margen de las acciones colectivas de tutela de daños ocasionados a consumidores y usuarios reguladas en los arts. 11.2 y 3 de la LECiv<sup>18</sup> y ello a diferencia de lo que sucede, *v.gr.*, en el Derecho francés, tras la reforma del art. 37 de la *Loi núm. 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux*

<sup>18</sup> *Vid.*, entre otros, REGLERO CAMPOS, L.F: «Cap. I. Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (5ª edic.), pgs. 243 y ss.; LLAMAS POMBO, E.: «Acciones colectivas contra daños», en *Práctica Derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 60, 2008, pgs. 5 a 36. Para el caso específico de las acciones colectivas de daños derivados del tratamiento ilícito de datos personales en el marco de la derogada LOPD, *vid.* PUYOL MONTERO, J.: «Comentario del artículo 19 de la LOPD», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (A. TRONCOSO REIGADA, Dir.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010, pg. 1266.

Las limitaciones subjetivas de la regulación de las acciones colectivas de daños en el Derecho español determina la inadecuación de éste a la Recomendación, a tenor de la cual la finalidad de la presente Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DOUE de 26 de julio de 2013; L 201/60) y cuya finalidad es facilitar el acceso a la justicia, poner fin a las prácticas ilegales y permitir a las partes perjudicadas obtener una indemnización en caso de daños masivos causados por infracciones de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, estableciendo al mismo tiempo las garantías procesales necesarias para evitar los litigios abusivos. La Recomendación de la Comisión señala que los Estados miembros deberían disponer de mecanismos de recurso colectivo a nivel nacional, tanto de cesación como de indemnización, que respeten los principios básicos establecidos en la presente Recomendación. Estos principios deben ser comunes a toda la Unión y respetar al mismo tiempo las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Los Estados miembros deben velar por que los procedimientos de recurso colectivo sean justos, equitativos, oportunos y no excesivamente onerosos.

*fichiers et aux libertés* llevada a cabo por la *Ordonnance* n°2018-1125 de 12 de diciembre 2018. En el Derecho español, sólo una interpretación amplia del art. 6.1.7º de la LECiv, en consonancia con la previsión del art. 7.3 de la LOPJ, ampararía el ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria prescindiendo de la cualidad de consumidores y usuarios de los sujetos perjudicados, como acontece en todos aquellos casos en los que la acción se funde en el art. 1902 del CC<sup>19</sup>.

En el Derecho francés, el vigente apartado 2º del art. 37 de la *Loi núm. 78-17, du 6 janvier 1978* dispone que cuando varias personas físicas situadas en una posición similar sufran un daño que tenga como causa común una infracción de la misma naturaleza de las disposiciones del RGPD o de la propia Ley francesa, imputable a un responsable de tratamiento de datos personales o un encargado del tratamiento, puede ejercitarse una acción colectiva ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción administrativa competente en atención a los casos individuales presentados por el actor, previo informe de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. El ap. 3º del mismo precepto, precisa que esta acción puede ser ejercitada con la finalidad de hacer cesar la infracción o con la finalidad de imputar la responsabilidad civil a la persona que ha causado el daño, con el propósito de obtener una reparación de los perjuicios materiales y morales sufridos, así como las dos finalidades: cesación e indemnización. En todo caso la responsabilidad sólo puede ser imputada con el fundamento en este precepto en el caso de que el hecho generador del daño sea posterior al 24 de mayo de 2018 (fecha de entrada en vigor del RGPD). El apartado 4º del art. 37 de la Ley francesa de protección de datos enuncia los sujetos activamente legitimados para ejercitar la referida acción colectiva, presentado este elenco el carácter de *numerus clausus*: 1º) Las asociaciones válidamente constituidas, con una antigüedad superior a cinco años y que tengan como objeto estatutario la protección de la vida privada o la protección de los datos personales. 2º) Las asociaciones de defensa de los consumidores representativas a nivel nacional y sujetas a la aplicación del art. 811-1 del *Code de la consommation*, cuando el tratamiento de los datos personales afecte a los consumidores. 3º) Las organizaciones sindicales y de funcionarios representativas en el sentido de los artículos L. 2122-1, L. 2122-5 o L. 2122-9 del *Código de trabajo* o del apartado III del art. 8.bis de la *Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire*, en aquellos casos en los que el tratamiento afecte a los intereses de las personas cuyos intereses los estatutos de estas organizaciones contemplen defender. Asimismo, se precisa que cuando la acción colectiva ejercitada pretenda la reparación de los perjuicios causados, se ejercitará en el marco del procedimiento individual de reparación establecido en el Capítulo 1º del Título V de la *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* y en el Capítulo X del Título VII del Libro VII del *Code de justice administrative*.

La STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto C-498/16; *Schrems vs. Facebook*), resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal de

<sup>19</sup> En este sentido se pronuncia, *v.gr.*, ARIZA COLMENAREJO, M<sup>aj</sup>.: «Acciones colectivas: especial referencia a la legitimación, eficacia de la sentencia y ejecución forzosa», en *Daño, responsabilidad y seguro* (M.J. HERRADOR GUARDIA, DIR.), Ed. Lefebvre - El Derecho, Madrid, 2016, pgs. 810 y 811. Tampoco en el ámbito de la responsabilidad civil por daños al medioambiente existe una posición doctrinal favorable a la viabilidad de las acciones colectivas o de grupo en el Derecho español. Sobre esta última cuestión, *vid.* RUDA GONZÁLEZ, A.: *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pg. 510.

Austria) conociendo, en grado de casación, de la demanda interpuesta por *M. Schrems* frente a *Facebook Ireland Ltd.*, como consecuencia del espionaje masivo de cuentas abiertas en esta red social por parte de los servicios de inteligencia de USA, fundada en la infracción del normativa de la UE en materia de protección de datos personales y ejercitando pretensiones declarativas en relación con la invalidez de varias cláusulas contractuales, de cesación en el uso de sus datos, de información sobre el destino de éstos, de rendición de cuentas y de indemnización de daños y perjuicios, argumentando la competencia territorial en el fuero especial del domicilio del consumidor previsto en el art. 16.1 del Reglamento 44/2001 (vigente Reglamento 1215/2012), si bien el actor (*M. Schrems*) es un jurista especializado en Derecho informático y protección de datos, al tiempo que ejercita la acción agrupando la propia derivada de su relación contractual con *Facebook*, con otras similares que le han cedido otros usuarios austriacos, de otros Estados de la UE e incluso de terceros Estados. Respecto de la primera cuestión planteada, el TJUE considera como consumidor a un experto en la materia que ha convertido el litigio propio en fuente de ingresos como acontece con el Sr. *Schrems*; pero no admite el fuero de competencia territorial especial del consumidor, señalando que éste sólo es aplicable cuando el demandante actúa en defensa de derechos nacidos de su relación contractual con el empresario o profesional, sin que dicho fuero se extienda también a las acciones cedidas por usuarios domiciliados en distintos Estados<sup>20</sup>, argumentando sobre el carácter excepcional del fuero tuitivo del consumidor, al tiempo que considera que esta solución es la que mejor garantiza la previsibilidad de la atribución de competencia, es uno de los objetivos perseguidos por el Reglamento Bruselas-I»: el empresario espera razonablemente que el consumidor con quien contrató le demande ante los tribunales de su domicilio, de manera que la posibilidad de que el conocimiento del asunto acabe en una jurisdicción distinta por el azar de la cesión de acciones resulta sorpresiva y generadora de incertidumbre. El TJUE da así al traste con el intento de *M. Schrems* de construir una especie de *class action*» similar al sistema del Derecho de los USA, partiendo de los escasos mimbres que, a estos efectos, le brinda la legislación procesal austríaca, utilizando las instituciones jurídicas de la cesión y acumulación de acciones, atribuyéndole el papel de representante y defensor del grupo de afectados por *Facebook*, al igual que acontece con el *representative plaintiff*» del Derecho USA<sup>21</sup>.

#### 4 LEGITIMACIÓN PASIVA

El art. 82.1 del RGPD identifica a los sujetos pasivamente legitimados para el ejercicio de la acción indemnizatoria: el responsable del tratamiento de los datos personales (*controller personal data*) y, en su caso, el encargado de su tratamiento (*processor*) por cuenta de aquél. La Directiva 95/46/CE atribuía a las legislaciones de los Estados determinar el régimen de responsabilidad civil del encargado del tratamiento y, en particular, si la responsabilidad civil de éste, podía, o no, concurrir con la del responsable del tratamiento, optando por una

<sup>20</sup> Comentando la STJUE de 25 de enero de 2018 LAFUENTE TORRALBA apunta a que la razón que subyace en este pronunciamiento radica en el temor al *fórum shopping* o admisión de un fuero de conveniencia, en línea con lo apuntado en las conclusiones del Abogado General (M. BOBEK) en el referido asunto. Vid. LAFUENTE TORRALBA, A.J.: «Acciones colectivas, protección de datos y redes sociales: reflexiones al hilo de un reciente pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo», en *Acciones colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (T. ARMENTA DEU Y D. PEREIRA PUIGVERT, COORDS.), Ed. M. Pons, Madrid, 2018, pg. 361 y 362.

<sup>21</sup> Sobre las *class action* en el Derecho de USA puede verse, v.gr., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada, 2011.

respuesta afirmativa a esta compatibilidad el legislador español en el art. 19 de la derogada LOPD, en tanto que, a tenor de este precepto, tanto el responsable, como el encargado del tratamiento podían incurrir en responsabilidad civil frente al titular de los datos personales objeto de tratamiento, sin necesidad de acudir a otras normas sectoriales (*v.gr.*, el art. 9.3 de la LO 1/1982) o la regla general del art. 1902 del CC para fundar la responsabilidad civil del encargado de tratamiento.

En el caso del RGPD los dos sujetos respecto de los que, atendiendo a sus funciones y responsabilidades en el tratamiento de los datos personales, se les atribuye la función de garantes del tratamiento lícito y, con ello, la responsabilidad civil derivada de un tratamiento ilícito dañoso, son el responsable y el encargado del tratamiento, si bien, también se identifican otros sujetos que, en determinadas ocasiones, tienen atribuciones y responsabilidades en el tratamiento de datos personales y que, en consecuencia, pueden resultar responsables de ilícitos dañosos extracontractuales. Son los casos del subencargado de tratamiento, del delegado de protección de datos y, en su caso, del representante en la UE del responsable o del encargado a que se refiere el art. 27 del RGPD. La posible imputación de responsabilidad civil por el tratamiento ilícito de datos personales será objeto de una consideración específica seguidamente.

Fuera de los supuestos en los que el daño cuyo resarcimiento se pretenda sea imputable a alguno de los sujetos enunciados es posible que un tercero ajeno a la esfera de control del responsable y del encargado del tratamiento de datos personales aproveche una infracción, en particular en materia de seguridad o de cesión in consentida, en cuyo caso es posible que, adicionalmente, a la responsabilidad del sujeto o sujetos que reciben un tratamiento específico en el RGPD, se acumule la responsabilidad civil del tercero ajeno, que se regirá por las normas generales que regulan la responsabilidad civil extracontractual, suscitándose, en su caso, la aplicación de la regla que, en el Derecho español, impide la indemnización del perjudicado en una suma que rebase la cuantía del daño padecido por el perjudicado.

#### 4.1. El responsable del tratamiento

A tenor de lo dispuesto en el art. 4.7 del RGPD, el responsable del tratamiento de datos personales *-controller-* es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento, situándolo así en una posición de garante frente al titular de los datos personales objeto de tratamiento y, con ello, situándolo en la posición de garante en el caso de tratamientos ilícitos generadores de daños y perjuicios. El hecho de que exista un encargado de tratamiento no pone al responsable al amparo del ejercicio de una acción de responsabilidad civil por el interesado que haya resultado dañado o perjudicado, lo que resulta acorde con la obligación de asegurar y garantizar un tratamiento adecuado conforme al ya enunciado principio de *accountability*» o de responsabilidad activa que acoge el RGPD (arts. 5.2 y 24.1). Este principio obliga al responsable a verificar el cumplimiento efectivo de la normativa de protección de datos personales, debiendo llevar a cabo las verificaciones necesarias y estableciendo los protocolos de actuación necesarios para evitar que el tratamiento de datos personales vulnere las previsiones del

RGPD y de las propias leyes nacionales en la materia. De aquí se desprende la existencia de una formulación abierta del deber de protección a cargo del responsable de tratamiento de los datos personales, de manera tal que parece amparar poner a cargo del responsable de tratamiento los daños y perjuicios que puedan derivarse de un tratamiento ilícito o que contravenga las previsiones normativas<sup>22</sup>; si bien, no puede desconocerse que un criterio de imputación objetiva como es el de protección de la norma despliega un papel menos estricto en estos supuestos de normas abiertas que remiten a estándares genéricos, frente a lo que acontece en aquellos casos en los que se las normas definen conductas o deberes de actuación de manera más detallada o precisa.

Acaso merezca una consideración específica la condición de responsable del tratamiento de datos que corresponde al empleador respecto de los datos personales de sus trabajadores. En efecto, a tenor de la opinión manifestada en el año 2010 por el G29 (Grupo de trabajo del artículo 29 de la, ahora derogada, Directiva de 24 de octubre de 1995)<sup>23</sup>, integrado por representantes de las CNIL europeas, el empleador es considerado como responsable del tratamiento de datos personales y ello a pesar de la inexistencia de cualquier disposición normativa que lo prevea, en tanto su condición resulta de la toma en consideración de reglas jurídicas generales y, en particular, de las normas propias del Derecho del trabajo: el empleador es el responsable de los datos personales de sus trabajadores. El RGPD armoniza el concepto de responsable de tratamiento y reafirma posibilidad de concurrencia de una pluralidad de responsables de tratamiento concurrentes, lo que, en el ámbito del Derecho laboral puede acontecer en el caso de las sociedades que formen parte de un grupo empresarial o de un grupo mercantil de empresas<sup>24</sup>. En el marco de estos grupos de sociedades, la sociedad matriz puede ser acreedora de la condición de responsable del tratamiento en aquellos casos en los que determine las finalidades o los elementos esenciales de los medios de tratamiento utilizados por las sociedades filiales, puede realizar el tratamiento por cuenta de otras sociedades del grupo a las que presta determinados servicios (*v.gr.*, servicios de confección de nóminas y de pago, contabilidad, control y sanción de los trabajadores, etc.) o puede estandarizar los mecanismos de tratamiento utilizado en el grupo empresarial, al tiempo que puede tener la condición de coempleadora. En consecuencia, en estos supuestos, en el caso de que un trabajador haya visto vulnerados los derechos que el RGPD o la Ley nacional le reconocen en relación con sus datos personales (seguridad, derecho de acceso, derecho a la información, derecho al olvido, etc.), podrá ejercitar la acción indemnizatoria frente a la sociedad filial de la que es empleado, pero también frente a la sociedad matriz, en ambos casos por la totalidad de la indemnización<sup>25</sup>; sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de la acción de regreso en los términos contemplados en el art. 82.5 del RGPD.

## 4.2. El encargado del tratamiento

<sup>22</sup> *Vid.* Considerandos 77 y 78 del RGPD, así como el estudio del Grupo de trabajo del artículo 29 «Opinion 3/2010 on the principle of accountability», 13 de julio de 2010 (10/EN WP 173).

<sup>23</sup> G29, «Parecer 1/2010 sobre los conceptos de responsable y de encargado de tratamiento», 16 de febrero de 2010, pgs. 10 y 11.

<sup>24</sup> A estos efectos, ha de tenerse en cuenta el concepto normativo de «grupo empresarial» que ofrece el art. 4.19 del RGPD: «grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas».

<sup>25</sup> MERCELLIN, S. y SEMIK, J.: «La responsabilité des traitements de données partagées dans un groupe», *Le RGPD*, Ed. Dalloz (Grand Angle), París, 2018, pg. 231.

La doctrina suele poner de manifiesto que una de las novedades relevantes del art. 82 del RGPD radica precisamente en la posibilidad de imputar la responsabilidad por daños al encargado del tratamiento y, en su caso, al subencargado de tratamiento, creando una corresponsabilidad para el caso de daños y perjuicios derivados de vulneraciones normativas en materia de tratamiento de datos personales que resulten imputables. Conforme a lo dispuesto en el art. 4.8 del RGPD, el encargado del tratamiento –o, simplemente, el encargado– es la persona, física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento<sup>26</sup>. El art. 28.1 del RGPD exige que el responsable debe elegir a un encargado de tratamiento que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento de datos personales que realice sea conforme con las exigencias del propio RGPD y garantice la protección de los derechos del interesado. Asimismo, el apartado 2º del mismo art. 28 del RGPD prescribe que el encargado de tratamiento no puede recurrir a otro encargado sin la autorización previa, en forma escrita, específica o general, del responsable del tratamiento y, en el caso de que se recurra a otro encargado de tratamiento, el primero está obligado a informar al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución, pudiendo el responsable del tratamiento oponerse a estos cambios. A su vez, el art. 28.3 del RGPD especifica que el tratamiento por el encargado se regirá por un contrato o por otro acto [negocio] jurídico –v.gr., un acto unilateral del responsable que defina la posición jurídica del encargado del tratamiento, lo que puede resultar frecuente en el ámbito de las Administraciones Públicas, al existir relaciones de jerarquía y de subordinación orgánica– que sea conforme al Derecho de la UE o de los Derechos nacionales, estableciendo el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, así como las obligaciones y derechos del responsable de tratamiento, debiendo contener las previsiones que se relacionan en las ocho letras que integran el contenido del referido precepto. En relación con esta cuestión, procede recordar que el acceso a los datos personales por parte del encargado de su tratamiento no requiere una legitimación adicional a la que sustenta el tratamiento por parte del responsable, al no existir una comunicación o cesión de datos en sentido propio. En

---

<sup>26</sup> La SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de abril de 2005 [JUR 2005\124220], a propósito de la distinción entre la cesión de datos y el encargo de tratamiento, precisó, en su F.D. 4º: «*Se plantea en definitiva a la Sala el problema de la diferenciación entre la cesión y el encargo de tratamiento, "encargado de tratamiento" que no venía expresamente regulado en la LO 5/1992, pero entendía la doctrina que tenía cabida en lo establecido en el art. 27. Siguiendo lo dispuesto en tal Directiva Europea 95/46/CE, la LO 15/1999 ha regulado específicamente la figura en los aludidos Art. 3.g) y 12, y de hecho la definición de "encargado de tratamiento" contenida en el art. 3.g) no es sino transcripción del art. 2.e) de la Directiva. Y si bien la diferencia entre encargo de tratamiento y cesión, como reconoce la doctrina, en algunos casos es compleja, lo que es evidente es que no puede haber cesión cuando existe encargo de tratamiento y no resulta preciso el consentimiento del afectado. [...] Lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con el objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto. Habría por tanto encargo de tratamiento en los supuestos de outsourcing o en los de prestación derivada de un contrato de obra o arrendamiento de servicios con un fin concreto. Siendo esencial, para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de los datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que le ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado.*».

relación con el ejercicio de derechos por los titulares de los datos personales objeto de tratamiento, en el contrato deberá precisarse si corresponde al encargado de tratamiento la atención a la respuesta a las solicitudes realizadas, o si éste debe proceder a comunicar al responsable el ejercicio de un determinado derecho. Asimismo, el encargado del tratamiento, conforme la previsión del art. 33.4 de la LOPDPGDD puede conservar los datos personales en estado de bloqueo en cuanto puedan derivarse responsabilidades para él por su relación con el responsable de tratamiento.

El aspecto relevante de la relación entre responsable y encargado de tratamiento radica en que es al primero a quien corresponde decidir sobre el uso de los datos y la finalidad a que se destinan, mientras que el encargado de tratamiento debe cumplir con las instrucciones dadas por el responsable, de manera que, conforme a las previsiones de los arts. 28.10 del RGPD y 33.2 de la LOPDPGDD será considerado como responsable y no como encargado quien, aun en el caso de que exista contrato con el encargo del tratamiento, utilice los datos personales para sus propias finalidades.

En el momento presente es habitual que los servicios de procesamiento o tratamiento de datos sean prestados por sociedades especializadas en la prestación de estos servicios y que, con frecuencia, los responsables de tratamiento los externalicen a través de la celebración de contratos de *outsourcing* con prestadores de servicios de *cloud computing*, *Software as a Service (SaaS)*<sup>27</sup>, *Platform as a service (PaaS)*<sup>28</sup>, o *Infrastructure as a Service (IaaS)*<sup>29</sup>, cuya prestación comporta el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable de tratamiento.

En particular, en el caso de los servicios de *cloud computing* resultarán relevantes, en orden a determinar el sujeto al que se impute la responsabilidad civil por daños derivados de un tratamiento ilícito de datos personales, las medidas técnicas y organizativas determinadas

---

<sup>27</sup> Se trata de un modelo de distribución de *software* en el que el soporte lógico y los datos que maneja se alojan en servidores de una entidad prestadora de servicios de tecnologías de información y comunicación (TIC). La empresa proveedora de servicios TIC se ocupa del servicio de mantenimiento, de la operación diaria y del soporte del software usado por el cliente. Ordinariamente el software puede ser consultado en cualquier computador, se encuentre presente en la empresa o no y la información, el procesamiento, los insumos, y los resultados de la lógica de negocio del software, están hospedados en la compañía de TIC.

<sup>28</sup> PaaS es un servicio que proporciona al cliente entorno de desarrollo e implementación completo en la nube, con recursos que permiten entregar todo, desde aplicaciones sencillas basadas en la nube hasta aplicaciones empresariales. Al igual que sucede en el caso de la IaaS, los servicios de PaaS incluyen infraestructura (servidores, almacenamiento y redes), pero también incluye middleware, herramientas de desarrollo, servicios de inteligencia empresarial (BI), sistemas de administración de bases de datos, etc. Los servicios de PaaS permiten evitar el gasto y la complejidad que suponen la compra y la administración de licencias de software, la infraestructura de aplicaciones, el middleware subyacente y las herramientas de desarrollo y otros recursos. El cliente administra las aplicaciones y los servicios que desarrolla y, generalmente, el proveedor de servicios en la nube administra todo lo demás.

<sup>29</sup> Se trata de un proveedor que alquila infraestructura informática y la ofrece como servicio en Internet. A estos efectos generalmente cuenta con centros de datos propios, donde se aloja el hardware necesario para ello, ocupándose de su administración y de su mantenimiento. Los proveedores de IaaS pueden garantizar a sus clientes el acceso a recursos de computación (procesador, memoria RAM, disco duro) y estructuras de red integradas (*routers*, cortafuegos y sistemas de seguridad y *backup*) en función de sus necesidades, pudiendo elegir los usuarios los recursos necesitan (servidores, *routers* y cortafuegos) así como la potencia o la capacidad que han de tener los diferentes elementos de red.



por el responsable del tratamiento de los datos personales a través del denominado documento de seguridad<sup>30</sup>, sin perjuicio de la adicional obligación de informar a sus clientes de las medidas de seguridad que apliquen, de conformidad con las previsiones del art. 12.bis, apartados 2 y 5 de la LSSICE. La fuente de la obligación del prestador de servicios de *cloud computing* de incorporar medidas de seguridad es inherente a la propia naturaleza del contrato (en su condición de encargado del tratamiento de datos personales), al tiempo que se deriva de las obligaciones legales de privacidad propia de las normas reguladoras de la protección de datos<sup>31</sup>.

El contrato de *cloud computing* debe identificar al responsable del fichero de datos personales, así como al encargado del tratamiento, incluyendo las medidas de seguridad que éste debe adoptar para cumplir con las exigencias del RGPD, de la LOPDPGDD y del Reglamento de la LOPD (que sigue vigente en cuanto no contravenga las previsiones de las dos normas anteriores), tratando de manera precisa los aspectos atinentes a las transferencias internacionales de datos de carácter personal, ya sea con destino a otros Estados de la UE, con un marco normativo de protección equiparable, ya sea a terceros Estados. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, los proveedores de servicios de *cloud computing* deberían comunicar todas las ubicaciones físicas de sus centros de datos –incluidas las de los servidores en los que se realizan las copias de seguridad de los ficheros–, para poder determinar si existe una transferencia internacional de datos a terceros Estados no sometidos al RGPD. Las personas físicas que ceden sus datos personales deben conocer la localización física o geográfica de los centros de datos del encargado de tratamiento o prestador de servicios de esta naturaleza, con la finalidad de que puedan realizar restricciones a las transferencias de datos personales fuera del EEE; así como para garantizar la confidencialidad de los mismos<sup>32</sup>.

Ha de tenerse en cuenta que, aplicando una regla general común a todos los supuestos en los que concurre la actuación de un profesional, en el caso del encargado de tratamiento de datos, comoquiera que tiene unos conocimientos específicos para el desempeño de sus funciones, así como de las reglas técnicas y organizativas que ha de aplicar, el estándar de diligencia que se le exige en el cumplimiento de aquellas es superior al exigido al responsable de tratamiento, como ha tenido ocasión de precisar, de manera reiterada, la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil profesional<sup>33</sup>, exigiendo la adecuación de la diligencia a las

<sup>30</sup> Vid., entre otros, PUYOL MONTERO, J.: *Algunas consideraciones sobre Cloud Computing*, Ed. AEPD – BOE, Madrid, 2013, especialmente las pgs. 219 y ss.; DOMÍNGUEZ GARCÍA, Á.M.: *La contratación del Cloud Computing*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, especialmente las pgs. 210 a 214.

<sup>31</sup> ROSELLÓ RUBERT, F.M<sup>º</sup>: *Cloud Computing. Régimen Jurídico para empresarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pgs. 269 y 270; VALLE, L.; RUSSO, B.; BONZAGNI, D. y LOCATELLO, D.M<sup>º</sup>: «Struttura dei contratti e trattamento dei dati personali nei servizi di *cloud computing* alla luce del nuovo reg. 2016/679 UE», *Contratto e impresa*, 1/2018, especialmente las pgs. 377 y 378 (§§.5 y 5.1)

<sup>32</sup> Procede recordar como en el año 2013, un número significativo de relevantes empresas tecnológicas (entre las que se encontraban, v.gr., Microsoft, Apple, Facebook, Yahoo, Google, PalTalk, AOL, Skype o YouTube) reconocieron que permitieron al Gobierno de USA entrar en sus servidores, en los que almacenaban los datos personales recabados de sus clientes en todo el mundo, a través del programa de espionaje PRISM, al amparo de las previsiones de la *USA Patriot Act*, fundamentando esta medida en la investigación de actividades de terrorismo internacional.

<sup>33</sup> La culpa que permite imputar a un profesional la responsabilidad civil por un determinado resultado lesivo, en el marco de un sistema de responsabilidad civil subjetiva viene representada por una falta de diligencia o de previsión, habiendo sido definida adecuadamente como la infracción por parte del profesional de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La observancia

circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar en que se desarrolla la conducta objeto de enjuiciamiento<sup>34</sup>.

Por último, debe traerse a colación la posibilidad que contempla el art. 28.4 del RGPD, cual es la designación por parte del encargado del tratamiento de datos personales de un **subencargado** para realizar determinadas operaciones de tratamiento<sup>35</sup>. En los casos en los que se recurra a esta figura del subencargado, aquella norma establece que el encargado seguirá siendo responsable frente al responsable del tratamiento en relación con el cumplimiento de los deberes del subencargado, si bien no dice nada respecto de las consecuencias en la responsabilidad civil por daños frente al perjudicado y, en particular, acerca de la posibilidad del encargado del tratamiento de exonerarse de responsabilidad civil acreditando que la conducta infractora de la normativa causante de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende es imputable exclusivamente al subencargado<sup>36</sup>. A mi juicio, la aplicación analógica de la regla que acoge el art. 82.4 del RGPD determina que, en estos supuestos y frente al perjudicado, el encargado de tratamiento responde junto con el subencargado, como garante que es de la licitud de las operaciones de tratamiento y de la indemnidad del titular de los datos personales objeto de tratamiento. El art. 26 del RGPD consagra la noción de corresponsabilidad de los responsables conjuntos del tratamiento de datos personales. En consecuencia, el sub-encargado, será responsable, de manera conjunta con el encargado y con el responsable de tratamiento. Por esta razón, se hace preciso prestar una especial atención a la redacción de las estipulaciones contractuales que vinculan, en las relaciones internas, a estos tres sujetos, definiendo claramente las funciones y las responsabilidades de cada uno de ellos.

---

de las reglas que rigen la actuación del profesional y que conforman su «*lex artis*» –integrada, en esencia, por los llamados «*protocolos*» de actuación- permite, en línea de principio, rechazar la calificación de negligente o imprudente del comportamiento del profesional. La llamada «*lex artis ad hoc*» se erige así como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto realizado por el profesional. *Vid.*, entre otros en este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Ed. Reus, Madrid, 1989, pg. 206; DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. V (*La responsabilidad civil extracontractual*), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, pg. 275; CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (2ª edic.) pgs. 859-860 (§.18/29); ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: «Comentario del art. 1104 del CC», en *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR.), T. VI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 8092.

En efecto, el concepto de «*lex artis*» se configura como «*aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto*» (FD 1º de la STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006\9172]). La «*lex artis ad hoc*» es la forma particular de tratar un caso concreto; sería la aplicación de las reglas y normas de actuación en un supuesto concreto y determinado (la personalización de cada acto del profesional). De esta manera, se toman en consideración las especiales características del profesional, de su posible especialización, de la complejidad y trascendencia del acto y todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. El criterio es también compartido en la jurisprudencia penal, *v.gr.*, STS, Sala de lo Penal, 1187/1997, de 3 de octubre [RJ 1997\7169; Recurso de casación núm. 2326/1996]. En relación con la prestación de servicios médicos y sanitarios, puede verse, *v.gr.*, GARCÍA GARNICA, M<sup>ª</sup>C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pgs. 55 y ss.

<sup>34</sup> PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Comares, Granada, 2002, pg. 458.

<sup>35</sup> A estos efectos, la AEPD considera adecuada tanto la autorización específica a una entidad concreta, como la realizada de manera genérica, permitiendo la subcontratación sin determinar la entidad respecto de la que se autoriza la subcontratación.

<sup>36</sup> VAN ALSENOY, B.: «Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation», *JIPITEC*, 2016 (3), pg. 286

### 4.3. Las relaciones jurídicas entre el responsable y el encargado de tratamiento y su incidencia en la imputación de la responsabilidad civil

En orden a determinar la responsabilidad civil (también la administrativa) del responsable y del encargado de tratamiento, el incumplimiento de las obligaciones que incumben al proveedor encargado del tratamiento (con frecuencia, un proveedor de servicios de esta naturaleza) puede amparar la imputación de responsabilidad al responsable del tratamiento que ha contratado sus servicios.

En efecto, el responsable del tratamiento tiene, entre otras, las obligaciones de contratar a proveedores de servicios de tratamiento de datos que ofrezcan garantías suficientes y de controlar su actividad, llegando a auditarlos en el caso de los proveedores críticos, de manera que el incumplimiento de la primera obligación permitirá la imputación de responsabilidad al responsable de tratamiento por *culpa in eligendo*», mientras que el incumplimiento de la segunda amparará su imputación por mediar *culpa in vigilando*»<sup>37</sup>. De aquí se deriva también que, en el caso de que el encargado de tratamiento informe al responsable, con carácter previo, de un posible incumplimiento, éste ignore sus recomendaciones o no adopte las medidas técnicas posibles para evitarlo, la responsabilidad se imputará al responsable y no al encargado del tratamiento, en tanto aquél decida ignorar las advertencias o indicaciones del éste<sup>38</sup>.

En la siguiente tabla se puede ver como podrían distribuirse las responsabilidades entre el responsable y el encargado del tratamiento en cada uno de los escenarios en los que puede surgir la responsabilidad civil frente al titular de los datos personales objeto de tratamiento:

Evento dañoso	Legitimación activa	Tipo de RC	Responsabilidad administrativa
	Responsable de tratamiento	RC contractual del encargado de tratamiento	Responsable y encargado de tratamiento

<sup>37</sup> Ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, el contenido del Considerando 81 del RGPD, a tenor del cual, «para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento respecto del tratamiento que lleve a cabo el encargado por cuenta del responsable, este, al encomendar actividades de tratamiento a un encargado, debe recurrir únicamente a encargados que ofrezcan suficientes garantías, en particular en lo que respecta a conocimientos especializados, fiabilidad y recursos, de cara a la aplicación de medidas técnicas y organizativas que cumplan los requisitos del presente Reglamento, incluida la seguridad del tratamiento. La adhesión del encargado a un código de conducta aprobado o a un mecanismo de certificación aprobado puede servir de elemento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable».

En el sentido expresado en el texto, GIL MEMBRADO, C.: *Privacidad y turismo: perfil del turista, big data y plataformas colaborativas*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pg. 88.

<sup>38</sup> En este sentido, para el caso del Derecho alemán, KLUG, C.: «Improving self-regulation through (law-based) Corporate Data Protection Officials», 2002, disponible en <https://www.gdd.de/international/english>; y, en el Derecho español, SANTAMARÍA RAMOS, F.J.: *El encargado independiente. Figura clave para un nuevo Derecho de protección de datos*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pg. 151

<b>Brecha de seguridad: violación de confidencialidad, de integridad o de la disponibilidad</b>	Interesados	RC extracontractual del encargado + RC contractual del responsable	
<b>Incumplimiento del RGPD atendiendo a las instrucciones del responsable</b>	Interesados	RC contractual o extracontractual del responsable	Responsable del tratamiento
<b>Incumplimiento del RGPD mediando incumplimiento del responsable de tratamiento</b>	Responsable de tratamiento	RC contractual del encargado de tratamiento	Responsable del tratamiento
	Interesados	RC extracontractual del encargado de tratamiento	

Tabla de distribución de responsabilidad civil y administrativa: responsable de tratamiento / encargado de tratamiento

Con frecuencia, la acción indemnizatoria ejercitada por el interesado / perjudicado se dirigirá frente responsable del tratamiento en su condición de pasivamente legitimado siempre que exista entre ambos una relación contractual en el marco de la cual se haya realizado la cesión y el tratamiento de los datos personales de aquél, si bien, también en estos supuestos cabrá el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual frente al encargado del tratamiento, excepción hecha de los supuestos en los que la infracción del RGPD se haya realizado mediando órdenes o instrucciones expresas dirigidas por el responsable al encargado de tratamiento en el marco de la relación contractual que les vincula.

En el marco de la relación contractual entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento tendrá cabida la repercusión de las indemnizaciones pagadas a los interesados por el responsable derivadas de conductas imputables al encargado de tratamiento. Es en este ámbito de la acción de regreso en el cobrarán virtualidad las limitaciones contractuales de responsabilidad que hayan podido pactar<sup>39</sup>, así como, en su caso, las que puedan resultar de las limitaciones de cobertura del seguro de responsabilidad civil (o de ciberriesgos, que, a diferencia de los seguros de responsabilidad civil, suelen incluir la cobertura del riesgo derivado de las sanciones de la AEPD) concertado por el encargado de tratamiento<sup>40</sup>. Es posible que en estas situaciones el responsable del tratamiento se vea atrapado entre las reclamaciones de los interesados perjudicados por una actuación imputable al encargado del tratamiento y las limitaciones de responsabilidad contractuales eficaces en relación con el encargado de tratamiento (proveedor de servicios de tratamiento de datos) que ha incumplido el

<sup>39</sup> La limitación de responsabilidad civil por vía contractual puede ser de tres tipos: cuantitativa (establecida en una cantidad determinada o en el resultado de multiplicar el coste del servicio por una cifra), cualitativa (basada en la exclusión de unos supuestos determinados de responsabilidad) o indirecta (derivada del incumplimiento de otros requisitos o provocada de facto por la insolvencia del proveedor).

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, ELGUERO MERINO, J.M<sup>º</sup>: «El seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales», en *RRCyS*, núm. 28, 2008, pgs. 47 a 80; ORTEGA GIMÉNEZ, A.: «Tratamiento ilícito de los datos de carácter personal, contratos de seguro y Derecho internacional privado», *Revista Española de Seguros*, núm. 179, 2019, pgs. 225 a 254.

RGPD y que ha causado el perjuicio a los interesados; así como, en su caso, como consecuencia de la falta de solvencia patrimonial del encargado del tratamiento.

El análisis de la existencia y la dimensión de las tres barreras que pueden impedir la repercusión al encargado de tratamiento (límites convencionales o contractuales, límites en la cobertura del seguro y límites derivados de su situación de solvencia patrimonial) de las cantidades pagadas a los interesados en concepto de indemnización por daños y perjuicios, debe hacerse en la fase de selección y homologación de los prestadores de estos servicios, es decir, en la fase previa a la contratación. Estadísticamente se ha constatado un elevado nivel de responsabilidad de los encargados de tratamiento en las brechas de seguridad y en las infracciones del RGPD que se han producido hasta el momento, de donde resulta que los responsables del tratamiento deben revisar su metodología de selección, homologación, contratación y control continuado de los proveedores que traten datos personales, con el fin de introducir medidas que permitan una distribución adecuada de las responsabilidades (civiles y administrativas). Estas medidas deben incluir una revisión del contrato, de la cobertura del seguro y de la solvencia del proveedor, con el fin de identificar, gestionar y tener en cuenta, en el proceso de toma de decisiones a aplicar en la fase de selección, las limitaciones que puedan existir a la responsabilidad civil del proveedor de servicios de tratamiento de datos personales.

#### 4.4. El delegado de protección de datos

El delegado de protección de datos –o DPO, *Data protection officer*– está contemplado en los arts. 37, 38 y 39 del RGPD. En algunas ocasiones, previstas en el citado art. 37, el RGPD impone su designación por el responsable y por el encargado del tratamiento (*v.gr.*, tratamiento a gran escala, regular y sistemático e datos personales concernientes a datos sensibles<sup>41</sup>; y, en todo caso, cuando el tratamiento de datos es realizado por una administración

---

<sup>41</sup> El concepto de tratamiento «*habitual y sistemático*» no ha sido objeto de definición por el RGPD. En sus directrices, el Grupo del artículo 29 ha dado su interpretación de los términos «*regular*» y «*sistemático*». A tenor de estas directrices, «*regular*» remite a un acto que sea bien «*continuo o que se produzca a intervalos regulares durante un determinado periodo temporal*», bien «*recurrente o que se repita en momento fijos*», bien que «*tenga lugar de manera constante o periódica*». El término «*sistemático*» remite a un acto que se produce de conformidad con un sistema preestablecido, organizado o metódico; o, en su caso, que tenga lugar en el marco de un programa general de recogida de datos personales o que haya sido efectuado en el marco de una estrategia previamente definida. Asimismo, en las referidas directrices el Grupo del artículo 29 ofrece algunos ejemplos de actividades de tratamiento que implican la existencia de un tratamiento habitual y sistemático. Son los casos, *v.gr.*, de explotación de una red de telecomunicaciones, de suministro de servicios de telecomunicaciones, de prestación de servicios de correo electrónico, de actividades de marketing realizados sobre datos personales, de creación de perfiles con la finalidad de evaluar riesgos, actividades de geolocalización, de publicidad en atención a determinados comportamientos de mercado o de supervisión de datos sobre el bienestar, etc.

El art. 37 del RGPD prevé que la designación de un DPO es obligatoria cuando las actividades del responsable de tratamiento consisten en el tratamiento a gran escala de datos sensibles, relativos a condenas penales o a infracciones; si bien tampoco, en este caso, ofrece un concepto preciso de «*tratamiento a gran escala*». El Considerando 91 del RGPD nos ofrece algunas pistas que nos permiten identificar la existencia de un tratamiento a gran escala, que serían aquéllos que pretenda el tratamiento de un volumen considerable de datos de carácter personal a nivel regional, nacional o supranacional, que puedan afectar a un número considerable de personas. En sus líneas directrices, el Grupo del artículo 29 precisa cuatro factores que pueden ser tomados en consideración en orden a determinar si nos encontramos ante un tratamiento a gran escala: el número de

o autoridad pública, excepción hecha de los órganos jurisdiccionales), sin perjuicio de su recomendación general con la finalidad de facilitar que los responsables y los encargados de tratamiento puedan cumplir con las normas reguladoras<sup>42</sup>. En esencia, el delegado de protección de datos tiene las funciones de información, de consejo y de control interno, en orden a asegurar la seguridad jurídica del tratamiento de los datos personales, al tiempo que puede actuar como interlocutor adecuado con las autoridades nacionales administrativas supervisoras (como es el caso, en España, de la AEPD), así como con las personas cuyos datos personales hayan sido objeto de tratamiento, en orden al ejercicio de los derechos que las normas les atribuyen. Esta obligación de designar un DPO que resulta de las previsiones del art. 37 del RGPD supone una evolución del anterior sistema que preveía una declaración a la autoridad nacional de supervisión de protección de datos que debía contener informaciones similares, así como la facultad que tenían los responsables de tratamiento de designar un responsable del fichero de datos cuyas funciones eran próximas a las propias del actual DPO.

El delegado de protección de datos puede ser un miembro de la propia organización responsable de tratamiento (personal interno o dependiente en régimen laboral –con frecuencia, el elegido es una persona integrante de la dirección de los sistemas informáticos o del departamento jurídico-) o un tercero ajeno a la misma, vinculado con un contrato de prestación de servicios, permitiendo el art. 35 de la LOPDPGDD que esta designación recaiga en una persona jurídica, mientras que el RGPD alude exclusivamente a profesionales individuales (Considerando 97). El RGPD precisa que la designación de éste debe hacerse en atención a las cualidades profesionales del designado y, en particular, de sus conocimientos especializados en Derecho y prácticos en materia de protección de datos –lo que exige tanto conocimientos estrictamente jurídico, como técnicos-, así como en su capacidad para realizar sus funciones, entre las que se encuentra la cooperación con la autoridad de control, la información y el consejo al responsable del fichero y al encargado del tratamiento, así como verificar el control del cumplimiento de las previsiones del propio RGPD. El art. 37.1 de la LOPDPGDD prevé que los afectados por el tratamiento ilícito de sus datos personales puedan, de manera voluntaria, dirigirse al delegado de protección de datos con la finalidad de solucionar, de manera amistosa, la controversia surgida, antes de dirigirse a la autoridad de control.

---

personas afectadas –tanto en valor absoluto, como en valor relativo en relación a la población afectada-, el volumen de datos o el espectro de datos objeto de tratamiento, la duración o la permanencia de las actividades de tratamiento de datos; así como la extensión geográfica de la actividad de tratamiento.

Tomando en consideración las consideraciones precedentes y el carácter genérico de las expresiones «tratamiento a gran escala» y tratamiento «habitual y sistemático», no es sencillo determinar con certeza si un responsable de tratamiento está, o no, obligado a designar un delegado de protección de datos. La ausencia de designación en el caso de que concurra la obligación se sanciona con una multa administrativa que puede ascender a la suma de diez millones de euros o al 2% de la cifra de negocio. En esta situación, como medida de prevención y con el fin de evitar una posible sanción de este importe, en el caso de que existan dudas, debe procederse a la designación del DPO.

<sup>42</sup> Sobre la figura del delegado de protección de datos puede verse el estudio realizado por el Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre protección de datos, titulado «Directrices sobre los delegados de la protección de datos (DPD)» de 13 de diciembre de 2016, disponible en <https://www.aepd.es/media/criterios/wp243rev01-es.pdf>. En España, durante el primer año de vigencia de la LOPDPGDD se ha notificado a la AEPD la designación de casi 50.000 Delegados de Protección de Datos, de los cuales aproximadamente 43.000 lo fueron en el sector privado y más de 6.000 en el sector público.

Teniendo en cuenta las atribuciones y funciones que las normas atribuyen a los delegados de protección de datos, obvio resulta que pueden causar o contribuir, con su comportamiento, a causar daños vinculados a un tratamiento ilícito de datos personales, si bien el art. 82 del RGPD no los menciona, de manera expresa, como posibles legitimados pasivos en la acción indemnizatoria. La ausencia de esta previsión ampara dos interpretaciones:

1ª) La responsabilidad civil recae exclusivamente en el responsable y en el encargado del tratamiento y no en el delegado de protección de datos, que no es más que un dependiente o un auxiliar en el cumplimiento de las obligaciones legales que incumben a aquéllos, quienes responderán de los hechos de los delegados de protección de datos frente a los perjudicados, de conformidad con las previsiones del art. 1903 del CC. Sin embargo, existen notas propias de la configuración normativa de las funciones del delegado de protección de datos que permiten cuestionar la concurrencia de la relación de dependencia y subordinación a las instrucciones del principal que constituye el substrato de la previsión del art. 1903.IV del CC y ello por cuanto el art. 39.3 del RGPD establece que el responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción sobre el desempeño de sus funciones; a tiempo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 36.2 de la LOPDPGDD, el delegado de protección de datos no podrá ser destituido, ni sancionado por desempeñar sus funciones, salvo en casos de dolo o de culpa grave.

2ª) La responsabilidad civil de los delegados de protección de datos frente a terceros se rige de conformidad con las previsiones generales del art. 1902 del CC, siendo compatibles las acciones indemnizatorias que, con fundamento en las previsiones del art. 82 del RGPD se ejerciten frente a los responsables de los ficheros y frente a los encargados de tratamiento, con las ejercitadas con fundamento en las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual frente al delegado de protección de datos que, responderá de conformidad con un criterio subjetivo de imputación, exigiéndosele una diligencia propia de un profesional, a tenor de las condiciones que el propio RGPD exige para su designación.

#### 4.5. El representante en la UE del responsable o del encargado de tratamiento

A tenor de la previsión del art. 27 del RGPD, los responsables o encargados de tratamiento no establecidos en un Estado de la UE que estén llevando a cabo determinados tratamientos de datos personales de personas que residan en la UE y cuyas actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a estos sujetos, están obligados a designar a un representante en la UE. El art. 27.5 del RGPD establece que *la designación de un representante por el responsable o encargado del tratamiento se entenderá sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable o encargado*». A su vez, para el caso de representantes en la UE domiciliados en territorio español, el art. 30.2 de la LOPDPGDD prescribe que en caso de exigencia de responsabilidad civil al amparo de lo dispuesto en el art. 82 del RGPD, *los responsables, encargados y representantes responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados*».

Así las cosas, el perjudicado que resida en España y que pretenda ejercitar una acción indemnizatoria o resarcitoria de daños o perjuicios causados por un tratamiento ilícito de datos personales, podrá ejercitar la acción frente al representante en España del responsable o

del encargado de tratamiento, sometiéndose la acción al Derecho español y al conocimiento de los órganos jurisdiccionales españoles.

#### 4.6. Responsables y encargados de tratamiento que sean autoridades o Administraciones Públicas

En el caso de que el responsable o el encargado de tratamiento de los datos personales sean personas jurídicas públicas o autoridades públicas, resultan también de aplicación las previsiones del RGPD y ello a tenor de las definiciones que de *responsable de tratamiento* y de *encargado del tratamiento* se contienen en su art. 4, incluyendo a las personas físicas y jurídicas y, expresamente a la *autoridad pública, servicio u otro organismo* que, en el primer caso, sólo o junto con otros determine los fines y medios del tratamiento y, en el segundo, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Lo que sí se excluye de su ámbito objetivo de aplicación es el tratamiento de datos personales *por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas de la seguridad pública y su prevención* (art. 2, letra d), del RGPD).

Consecuencia de la referida extensión subjetiva del ámbito de aplicación del RGPD a las Administraciones y autoridades públicas es que en aquellos casos en los que el responsable o el encargado del tratamiento de datos personales tengan esta naturaleza, con independencia de la tesis que se asuma en relación con la naturaleza, subjetiva u objetiva de la responsabilidad imputable a los referidos sujetos con fundamento en el art. 82 del RGPD, se les aplicará este régimen de responsabilidad civil, en detrimento del régimen de responsabilidad civil de naturaleza objetiva que resulta de lo dispuesto en los arts. 32 a 37 de la LRJSP/2015<sup>43</sup>, sin perjuicio de que, en estos supuestos, corresponda su conocimiento a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (ex arts. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA). De los referidos preceptos de la LRJSP lo que sí resulta es que, si el encargado de tratamiento es una persona al servicio de una Administración Pública, en el sentido amplio que resulta del art. 36 de la LRJSP, la acción indemnizatoria deberá dirigirse directamente frente a la Administración Pública al servicio de la cual realizan las labores propias de encargados del tratamiento.

## 5 SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE RESPONSABLES

---

<sup>43</sup> En este mismo sentido se pronunció NIETO GARRIDO, E.: «Derecho a indemnización y responsabilidad», en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (J.L. PIÑAR MAÑAS, DIR.), Ed. Reus, Madrid, 2016, pg. 561. Frente a este parecer, LÓPEZ ÁLVAREZ sostiene que el art. 106.2 de la CE impone que, en el caso de daños o perjuicios imputables a la actuación de una Administración Pública, el régimen de responsabilidad civil es el propio de la objetiva, de manera que el ajuste de la conducta al RGPD no impedirá que surja el deber de indemnizar, bastando con demostrar que la causa del daño ha sido el funcionamiento o la actuación de la Administración Pública, que el daño es evaluable económicamente y que el interesado no tiene la obligación jurídica de sopórtalo. Vid. LÓPEZ ÁLVAREZ, L.F.: «XVII. La responsabilidad del responsable», en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (J.L. PIÑAR MAÑAS, DIR.), Ed. Reus, Madrid, 2016, pg. 281.



El apartado 4 del art. 82 del RGPD da una respuesta expresa a la cuestión suscitada en los casos de concurrencia de pluralidad de responsables del hecho dañoso –sean de una misma o de distinta categoría-, estableciendo el régimen de solidaridad entre todos los ellos<sup>44</sup>, y lo hace en los siguientes términos: *cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado de tratamiento hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado».*

Sin perjuicio de la previsión de esta regla general, el RGPD ampara que los Estados miembros puedan establecer que, en el caso de que resulte posible acreditar la contribución causal de cada sujeto a la producción del daño, se pueda prorratear la indemnización a cuyo pago venga obligado cada uno de ellos; si bien esta norma no existe en el Derecho español.

En consecuencia, la solidaridad se aplica tanto en los supuestos de actuaciones lesivas en las que hayan participado de manera simultánea o sucesiva un responsable y un encargado de tratamiento o hayan participado varios responsables<sup>45</sup> y/o varios encargados de tratamiento, siempre que tratemos de la imputación y del resarcimiento de daños derivados de una misma operación de tratamiento<sup>46</sup>. El hecho de que la pluralidad de sujetos intervinientes conlleve la diversificación de funciones entre ellos (*v.gr.*, uno decide sobre el tratamiento que deben recibir los datos y el otro el nivel de seguridad que ha de adoptarse) no justifica la exoneración de responsabilidad de alguno de ellos, lo que resulta acorde con el hecho de que se trate de un pacto no oponible a terceros (*ex art.* 1257 del CC) y posiblemente contrario al orden público que, como sabemos, es un límite a la autonomía privada (*ex art.* 1255 del CC)<sup>47</sup>. Esta conclusión no puede ser discutida si pensamos en un régimen de responsabilidad civil objetiva, si bien sería acreedora de alguna precisión en un régimen subjetivo de imputación.

En todo caso y a pesar de su origen legal, se trata de una solidaridad *impropia*, en tanto que no trae causa de una previsión contractual previa a la infracción de las normas de protección de datos personales y a la propia generación del daño resarcible. Este carácter tiene una única consecuencia jurídica relevante a tenor de la doctrina jurisprudencial: el art. 1974 del

---

<sup>44</sup> La responsabilidad de naturaleza solidaria para los supuestos de pluralidad de responsables y/o de encargados del tratamiento se ha postulado en el régimen resultante de la derogada LOPDP, de conformidad con el criterio jurisprudencial mayoritario en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P.: «Bases de datos y confidencialidad en Internet», en *El comercio electrónico* (J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, COORD.), EDISOFER, S.L., Madrid, 2001, pg. 487.

<sup>45</sup> El art. 26 del RGPD contempla el supuesto de corresponsables del tratamiento de datos, estableciendo, en su apartado 1<sup>o</sup>, la regla general conforme a la cual «cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento».

<sup>46</sup> Sobre el concepto de misma operación de tratamiento resulta relevante la STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-210/16; Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein vs. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, con intervención de Facebook Ireland Ltd. y Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht).

<sup>47</sup> GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, *op. cit.*, pág. 121.

CC no se aplica en caso de solidaridad impropia cuando la prescripción de la acción se interrumpió frente a uno(s), pero no frente a otro(s) de los deudores solidarios (así, *v.gr.*, SSTs de 17 de septiembre de 2015 [RJ 2015, 4004, 4005 y 4006])<sup>48</sup>.

Una vez que alguno de los sujetos responsables solidarios frente al perjudicado proceda a hacer frente al pago de la indemnización, en la relación interna entre los coobligados solidarios procederá el ejercicio de la acción de reembolso, de regreso o de reintegro, de conformidad con las previsiones del art. 1145 del CC<sup>49</sup>. Es esta la acción del Derecho nacional a cuya aplicación remite el art. 82.5 del RGPD, a tenor del cual, el corresponsable que procediera al pago de la indemnización contará con una acción de repetición frente al resto de corresponsables del daño.

## 6 PRESUPUESTO OBJETIVO: INFRACCIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES (LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA)

Como ya he señalado, el nacimiento de una responsabilidad civil a cargo del responsable de los datos personales o del encargado de su tratamiento requiere, en los términos del art. 82.1 del RGPD que concurra una actuación que sea susceptible de ser calificada como una infracción de las previsiones del propio RGPD, si bien no será necesario, de conformidad con lo que se expone y argumenta *infra* §.11, que exista una previa declaración, calificación o condena de la conducta infractora por parte de la autoridad administrativa supervisora del cumplimiento de la normativa de protección de datos personales. Sin embargo, a pesar de la literalidad del precepto, la conducta que hace surgir la responsabilidad que nos ocupa también puede consistir en una infracción de otras normas reguladoras de la tutela de los datos personales -y de los derechos subjetivos que pueden resultar lesionados como consecuencia de aquella infracción (intimidad o privacidad, honor, imagen de solvencia patrimonial, *goodwill*, etc.)- y, en particular, de la LOPDGD. A estos efectos, es pertinente tomar en consideración que el Considerando 146 del RGPD explica que un tratamiento en infracción del presente Reglamento también incluye aquel tratamiento que infringe actos delegados y de ejecución, contemplados en sus arts. 92 y 93, adoptados de conformidad con el mismo y el Derecho de los Estados miembros que especifique las normas del propio RGPD<sup>50</sup>. Por otra parte, es sabido que, en el ámbito de la responsabilidad civil por prestación de servicios, con carácter general, la inobservancia por el prestador de las normas de seguridad aplicables a la actividad o servicios, de conformidad con las previsiones legales o reglamentarias, que tenga influencia causal en la producción del daño determina que la responsabilidad deba imputarse al prestador, por

<sup>48</sup> En este sentido, *vid.*, entre otros, CARRASCO PERERA, Á.: «Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2018, §.IV [BIB 2017\43639].

<sup>49</sup> En este sentido, RUBÍ PUIG, A.: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *op. cit.*, pg. 69; quien cita la aplicación de una norma similar del BGB (el §.426) en el caso del Derecho alemán, fundando su aplicación en el parecer expresado por FRENZEL, E.M.: «DS-GVO Artikel 82. Haftung und Recht auf Schaenersatz», en *Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO* (PAAL, B. y PAULY, D.; Eds.), C.H. Beck, Munich, 2017.

<sup>50</sup> En este sentido se expresa, *v.gr.*, RUBÍ PUIG, A.: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *op. cit.*, pg. 58.

más que el perjudicado conociese la posibilidad de acaecimiento del daño como riesgo propio del servicio cuya prestación ha demandado<sup>51</sup>.

Comoquiera que la prueba de la concurrencia de una infracción de las normas reguladoras del tratamiento de datos personales y de los derechos de sus titulares recae sobre el actor perjudicado, reviste una especial relevancia la atribución de la carga de la prueba y la forma de probar el referido incumplimiento, así como las circunstancias que puede alegar el responsable o el encargado del tratamiento frente a los que se dirija la acción indemnizatoria. En este escenario alcanza una especial relevancia la precisión que resulta del Considerado 81 el RGPD a tenor del cual la adhesión del encargado a un código de conducta aprobado, o a un mecanismo de certificación aprobado, puede servir de elemento para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable o de encargado de tratamiento.

El hecho de que los responsables y los encargados de tratamiento dispongan de protocolos de buenas prácticas certificados o se hayan adherido a un mecanismo o instrumento de certificación aprobado y su efectiva implantación en su organización limita los riesgos de vulneración de los derechos de los titulares de datos personales objeto de tratamiento, sin perjuicio de que, aun en estos supuestos, la vulneración resulta posible. En este último caso la cuestión que surge es la atinente a la forma adecuada de actuar por parte del responsable y del encargado de tratamiento en los casos de vulneración de las normas de tratamiento de datos personales. En estos casos, de existencia de vulneración, *v.gr.*, imputable a la actuación de un tercero que provoca el acceso o la divulgación no autorizada de los datos personales objeto de tratamiento, ante la alteración de los mismos, el responsable del tratamiento está obligado a notificar los hechos a la autoridad de control competente, así como a los interesados afectados. Se deben notificar las incidencias de seguridad que impliquen una violación de datos personales sin demora injustificada y, de ser posible, antes de que transcurran 72 hs. desde que se haya tenido constancia del ataque o de la vulneración de la seguridad de los sistemas informáticos de la sociedad que alberguen datos personales (de trabajadores, proveedores, clientes, etc.). En efecto, en el momento actual todos los responsables y encargados de tratamiento que hayan sufrido una brecha de seguridad, independientemente del sector al que pertenezcan, se encuentran obligadas a realizar una notificación expresa a la AEPD sin demora, en un plazo máximo de 72 horas siempre que sea posible. La notificación dirigida a la AEPD (que se realizará por el responsable o por el encargado del tratamiento de datos personales, utilizando el certificado electrónico, a través de la sede electrónica de la AEPD), deberá incluir las siguientes circunstancias: (i) naturaleza del incidente; (ii) identidad y datos de contacto del delegado de protección de datos de la sociedad; (iii) consecuencias del incidente; y (iv) medidas correctoras propuestas o adoptadas. Una vez transcurrido el plazo de las referidas 72 hs., y en caso de que no hubiera realizado la notificación, se deberá notificar asimismo a la AEPD las causas de la dilación o del retraso. El incumplimiento de la obligación de notificar las violaciones de seguridad que afecten a datos personales objeto de tratamiento, por parte del responsable del tratamiento se considera como infracción grave y puede ser sancionada con multas administrativas, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior. Adicionalmente es necesario que ante el descubrimiento de un ataque informático se proceda a la denuncia del hecho ante la

<sup>51</sup> En este sentido, expresamente, PASQUAU LIAÑO, M.: «Capítulo 2: El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos* (A. ORTI VALLEJO y M<sup>a</sup> C. GARCÍA GARNICA, DIRS.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (2<sup>a</sup> edic.), pg. 116

Policía Nacional, la Guardia Civil o el Juzgado de Guardia. Lo recomendable es interponer la denuncia, por el responsable de tratamiento de datos de la empresa o por un administrador o apoderado de la misma ante la Policía Nacional, para que proceda a la investigación y averiguación del origen de la actuación lesiva imputable a un tercero (con frecuencia estaremos en presencia de un ataque cibernético)<sup>52</sup>.

En el caso de incumplimiento de estos protocolos de actuación, el responsable o, en su caso, el encargado de tratamiento no solo incurrirán en una actuación susceptible de sanción al estar tipificada como una infracción administrativa, sino que también constituirá el substrato de hecho adecuado para la imputación de responsabilidad civil en el caso de que la lesión aun imputable a un tercero, haya generado daños y perjuicios a los titulares de datos personales cuyos derechos hayan sido vulnerados.

## 7 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LOS SUPUESTOS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS RESPONSABLES Y DE LOS ENCARGADOS DE TRATAMIENTO

La doctrina no es uniforme en orden a la calificación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil imputable a los responsables y a los encargados de tratamiento de datos personales derivada de ilícitos dañosos realizados en el ejercicio de estas actividades. Las discrepancias en su calificación afectan tanto a la naturaleza contractual o extracontractual de la misma, como al criterio de imputación que se establece y, en consecuencia, a su calificación como una responsabilidad objetiva o subjetiva lo que, a su vez, como es conocido, está indisolublemente vinculado a las causas de exoneración de responsabilidad civil que los agentes del daño pueden invocar eficazmente.

### 7.1. La naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento

En cuanto a la primera de las cuestiones enunciadas en el párrafo que abre este epígrafe, la doctrina mayoritaria considera que se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual<sup>53</sup>. Frente a esta opinión, se ha preconizado por alguna autora la consideración de la responsabilidad civil *ex art.* 19.1 de la LOPDCP como contractual y ello por cuanto

<sup>52</sup> Actualmente tanto la Guardia Civil con el Grupo de Delitos Telemáticos y la Policía Nacional con la Brigada de Investigación Tecnológica perteneciente a la UDEF, disponen de equipos de trabajo, especialmente formados para la investigación de estos ciberdelitos (disponen de grupos de trabajo que investigan y focalizan su trabajo, únicamente a delitos informáticos cometidos en el seno de empresas). Sin perjuicio del resultado de la investigación por estas unidades especializadas de la Policía Nacional o de la Guardia Civil, resulta conveniente formalizar la denuncia para tener constancia de la reacción adecuada de la sociedad que ha recibido el ataque, también para el caso de que, en el futuro, se descubra que se han vulnerado normas o pactos de confidencialidad con terceros o se hayan revelado secretos empresariales o datos protegidos (distintos de datos personales).

<sup>53</sup> En este sentido, sobre el texto de la derogada LORTAD se pronunciaban expresamente, ORTÍ VALLEJO, A.: *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Ed. Comares, Granada, 1994, pg. 170;

surge del incumplimiento de obligaciones legales previas que recaen sobre el responsable del tratamiento de datos personales, sin perjuicio de la aplicación preferente de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 1/1982, cuando haya sido infringido uno de los derechos fundamentales a cuya tutela se preordena esta Ley, respecto de la que aquélla es subsidiaria<sup>54</sup>. Obviamente la cuestión no resulta baladí o una mera disquisición dogmática, pues la asunción de una u otra naturaleza conlleva la aplicación de regímenes jurídicos diversos.

A mi juicio, no parece que pueda darse una respuesta universalmente válida para todos los supuestos, pues la naturaleza contractual o no de la acción ejercitada con fundamento en el precepto que nos ocupa dependerá de la existencia o no de una relación contractual entre el titular de los datos personales y el responsable del tratamiento, con fundamento o al amparo de la cual se hayan cedido los datos personales al referido responsable<sup>55</sup>, de forma tal que al margen de estos supuestos –en los que las obligaciones del responsable del fichero o del encargado del tratamiento han de integrarse, además y *ex art.* 1258 del CC, con las obligaciones legales y reglamentarias previstas- la acción de responsabilidad civil, en tanto que la obligación incumplida se mueve al margen de la órbita de lo pactado, derivándose de una previsión legal, habrá de ser calificada como extracontractual y por lo tanto sometida al conocido plazo prescriptivo anual (*ex art.* 1968.2º del CC), excepción hecha de aquellos casos en los que la acción se ejercite en orden a la protección del derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o la propia imagen, en cuyo caso se aplicará el plazo de caducidad de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982.

## 7.2. Naturaleza subjetiva de la responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento

### 7.2.1. La naturaleza de la responsabilidad civil en la LOPDCP

La cuestión atinente a la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad civil del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales ha recibido tres respuestas diversas en la doctrina que se ocupó del estudio del art. 19 de la derogada LOPDCP. La redacción del art. 19.1 de la LOPDCP permitía considerar que, en cuanto concurriese el incumplimiento de las previsiones normativas, el comportamiento del responsable del fichero o del tratamiento de datos habría de ser calificado como *negligente* y, en consecuencia, nos encontraríamos ante un régimen de responsabilidad civil subjetivo, de manera que el responsable no respondería de los daños imputables a supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor y el interesado que hubiese resultado perjudicado habría de probar el dolo o la culpa en que haya

---

HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación de tratamiento automatizado de datos personales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pg. 140. Este parecer fue compartido bajo la vigencia de la LOPDCP, entre otros, por APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002 (2ª edic.), pg. 167.

<sup>54</sup> En este sentido se pronunció GARCÍA RUBIO, Mª P.: «Bases de datos y confidencialidad en Internet», *op. cit.*, pg. 487.

<sup>55</sup> En este sentido, BUTTARELLI, G.: *Banche dati e tutela della riservatezza (La privacy nella Società dell'Informazione)*, Giuffrè Editore, Milán, 1997, pgs. 351 y 352.

incurrido el responsable del fichero o el encargado del tratamiento<sup>56</sup>. En todo caso, el incumplimiento habría de ser probado por el perjudicado demandante de conformidad con las reglas generales que rigen la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil (*ex art.* 217.2 de la LECiv). En este contexto normativo militaba también a favor de la calificación de la responsabilidad civil por infracción de las normas de protección de datos personales como un supuesto de responsabilidad civil subjetiva la toma en consideración de la norma que constituye, en este ámbito, el Derecho común, cual es la contenida en el art. 1902 del CC<sup>57</sup>, de forma tal que, en defecto de previsión expresa de un título de imputación distinto de la culpa –o de que la actividad se realice en un ámbito en el que pueda inducirse del sistema de responsabilidad civil que nos encontramos ante la posibilidad de imputación por riesgo<sup>58</sup>–, ha de considerarse la aplicación de éste. Algunos autores, interpretando el precepto que nos ocupa, escindieron la naturaleza de la responsabilidad civil aplicable en estos supuestos en dos hipótesis distintas<sup>59</sup>: **1ª)** Supuestos en los que el daño cuyo resarcimiento se pretende trae causa del incumplimiento por el responsable o por el encargado del tratamiento de datos personales de su obligación de seguridad –*v.gr.*, casos de pérdida, de tratamiento y de cesión no autorizada de datos personales–. En estos casos, el responsable o el encargado del tratamiento respondería en virtud de un régimen subjetivo de responsabilidad con inversión de la carga de la prueba de la culpa, pudiendo exonerarse de responsabilidad civil mediante la prueba de su actuación diligente. **2ª)** En el resto de los supuestos, la responsabilidad civil aplicable sería de naturaleza objetiva: casos de recogida irregular de datos personales, de tratamiento sin el consentimiento del interesado, de aplicación del fichero o del tratamiento a una finalidad distinta de aquélla para la que ha obtenido el consentimiento, de no cancelación una vez alcanzada la finalidad prevista, de alta de actualización o de puesta al día de los datos –con infracción del derecho a la calidad de los datos de que es titular el interesado– y casos de cesión de datos no autorizada.

Frente a ambos pareceres, en la doctrina se ha sostenido, con apoyo en las discusiones habidas durante su tramitación y con el relevante argumento derivado de la interpretación de

<sup>56</sup> En este sentido se pronunció de manera expresa, VEGA VEGA, J.A.: *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2005, pg. 380.

<sup>57</sup> *Vid.* REGLERO CAMPOS, L. F.: «Los sistemas de responsabilidad civil», Capítulo II del *Tratado de responsabilidad civil* (L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO COORDS.), *op. cit.* (4ª edic.), pgs. 296 a 301; PEÑA LÓPEZ, F.: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pgs. 191 a 196.

<sup>58</sup> El criterio de imputación por riesgo –empresarial, en particular– no puede calificarse como un criterio excepcional de imputación de la responsabilidad civil en el Derecho español –y, en particular, contrapuesto al criterio común de la culpa– (y aquí se pone de manifiesto de manera nítida los problemas que genera la ausencia de una cláusula general en el ámbito de la responsabilidad civil por actividades empresariales que suponen un incremento del riesgo). En efecto, coexiste en el interior del sistema del Derecho de daños la dicotomía: culpa y riesgo; resultando imperiosa, desde la perspectiva práctica, la necesidad de adoptar determinadas decisiones empresariales y de naturaleza tanto económica, como jurídica, de reducir a la unidad las hipótesis en la que no opera el criterio de la culpa, sino el del riesgo y, en este último caso, cuáles son las circunstancias cuya prueba permite al empresario o profesional exonerarse de la atribución de los daños y perjuicios que pretenden ponerse a su cargo. Se trata, en definitiva, de acotar la naturaleza y el ámbito objetivo de lo que algunos autores –JAMES, KESSLER y PROSSER– han llamado la responsabilidad de la empresa, para referirse a estos supuestos de imputación de la responsabilidad en atención al riesgo empresarial, cuyo antecedente comparado ha de situarse en la adopción de la Sección 402ª del *Restatement of Torts* (Segundo) por el *American Law Institute*. Sobre estas cuestiones, *vid.* ÁLVAREZ LATA, N.: *Riesgo empresarial y responsabilidad civil* (Prólogo de J.M. BUSTO LAGO), Ed. Reus, Madrid, 2014.

<sup>59</sup> En este sentido se ha pronunciado ORTÍ VALLEJO, A.: *Derecho a la intimidad e informática*, *op. cit.*, págs. 170 y 171.

la LOPDCP conforme a la Directiva 95/46/CE que traspone, que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, aunque limitada por el hecho del incumplimiento objetivo de las disposiciones contenidas en ésta<sup>60</sup> -de manera que, acaso, fuese más correcto hablar de un sistema típico de responsabilidad civil-: si ha existido incumplimiento, sea de quién sea el mismo, y de éste se ha derivado un daño para la persona cuyos datos personales han sido objeto de tratamiento, el responsable o el encargado del tratamiento deberán indemnizar los perjuicios con independencia de la concurrencia de la culpa. El análisis de la redacción del art. 23 de la Directiva 95/46/CE, fruto de cuya transposición fue la LOPDCP avalaba la consideración de que en éste también se instituye un régimen de responsabilidad civil objetiva limitada a la existencia de un incumplimiento de sus preceptos. El precitado art. 23 de la Directiva 95/46/CE establecía: *1. Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. [...] 2. El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño»*<sup>61</sup>. El segundo apartado del art. 23 de esta Directiva 95/46/CE precisaba explícitamente los casos en los que se puede exonerar de responsabilidad al responsable del fichero de datos personales y se presume que lo es salvo que pruebe que el hecho lesivo no le es imputable, porque lo es a un tercero o el daño ha sido causado mediando fuerza mayor, de manera que no puede exonerarse probando la actuación diligente. El argumento derivado de la interpretación de la Directiva, si el razonamiento que se ha realizado es correcto, es importante a efectos de interpretar el correspondiente precepto de la LOPDCP, en cuanto que es jurisprudencia consolidada del TJUE (a partir de la Sentencia *Marleasing SA c./ Sociedad Internacional de Alimentación, SA* de 13 de noviembre de 1990 [TJCE 1991\78]) que las leyes nacionales han de interpretarse del modo que mejor encajen con las previsiones contenidas en las Directivas de la UE, también en el caso de que éstas hayan sido objeto de transposición a los Derechos nacionales.

La naturaleza objetiva del régimen de responsabilidad civil previsto para los responsables y encargados de tratamiento de datos personales de titularidad privada fue asumido, de manera acorde con el parecer mayoritario de la doctrina de los autores, por la jurisprudencia.

<sup>60</sup> En relación con el texto de la LORTAD, GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Ed. Comares, Granada, 1999, págs. 150 y ss.; quien mantiene su parecer ya en relación con el texto contenido en el art. 19.1 de la LOPDCP, en «Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos», en *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento (Un análisis multidisciplinar)* (S. CAVANILLAS MÚGICA, Coord.), Ed. Comares, Granada, 2005, pg. 200; ABERASTURI GORRIÑO, U.: «El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, pg. 190. En sentido concordante ya bajo el imperio de la LOPDCP, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P.: «Bases de datos y confidencialidad en Internet», en *El comercio electrónico* (J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, Coord.), *op. cit.*, pg. 488; HERRÁN ORTIZ, A. I.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pg. 259. También considera que se trata de una responsabilidad civil subjetiva, sin ofrecer más argumentos que la mera remisión al art. 1902 del CC, APARICIO SALOM, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002 (2<sup>a</sup> edic.), pg. 167.

<sup>61</sup> El precepto es reproducido de forma prácticamente literal en algunas leyes nacionales de transposición, *v.gr.*, en el art. 21 de la Ley belga de 8 de diciembre de 1992, *relativa a la protección de la vida privada en relación con los tratamientos de datos de carácter personal*, modificada por la Ley de 11 de diciembre de 1998.

Así, *v.gr.*, la SAP de Segovia 121/2002, de 25 de abril [JUR 2002\185043], confirmando la sentencia dictada en la primera instancia, declaró que: [...] *la responsabilidad civil prevista en la Ley [se refiere a la LOPDCP], entiende de forma casi unánime la doctrina, que se trata de naturaleza objetiva, dados los términos de redacción del art. 23 de la Directiva 95/46, a cuya transposición obedece la LO 15/1999» (cfr. FD 1º, in fine).*

### 7.2.2. La naturaleza de la responsabilidad civil en el artículo 82 del RGPD

A tenor de la regulación del art. 82 del RGPD tampoco puede darse una respuesta que no ofrezca dudas acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil que establece a cargo de los responsables y de los encargados de tratamiento de datos personales. Tan es así que, en los primeros estudios publicados sobre esta cuestión se ha sostenido la naturaleza subjetiva<sup>62</sup> y la naturaleza objetiva de la misma<sup>63</sup>. En esencia, el debate se centra en el significado que haya de atribuirse al apartado 3º del referido art. 82 del RGPD, a tenor del cual *el responsable o el encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios».*

A tenor de las previsiones normativas que acaban de ser invocadas, parece poder afirmarse que el RGPD establece un sistema de responsabilidad civil subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa<sup>64</sup>, en tanto que, en los casos de causación de un daño o perjuicio

---

<sup>62</sup> Es la tesis propugnada por NIETO GARRIDO, E.: «Derecho a indemnización y responsabilidad», *op. cit.*, pg. 561, argumentando esencialmente sobre el significado del art. 82.3 del RGPD.

<sup>63</sup> RUBÍ PUIG, A.: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *op. cit.*, pgs. 62 y 63. Este autor, después de afirmar que el RGPD no sujeta al responsable de tratamiento a un régimen de responsabilidad por riesgo, afirma que rige una regla de responsabilidad objetiva para la compensación de los daños causados, de manera que, una vez que se haya acreditado la infracción de una de las obligaciones relativas al tratamiento de datos personales prevista en el RGPD, el responsable deberá compensar al actor sin que pueda probar que su comportamiento fu diligente o que desconocía y no podía saber que él o el encargado del tratamiento estaban infringiendo el RGPD.

<sup>64</sup> El parecer es compartido en la doctrina italiana, *v.gr.*, por DI LEO, D.: «La responsabilità civile alla luce del GDPR e del decreto 101/2018», en *www.agendadigitale.eu*, 29 de abril de 2019. La referida autora explica como el art. 82 del RGPD establece un sistema de responsabilidad civil fundado en la inversión de la carga de la prueba de la culpa, de igual manera que el previsto en el *Codice Privacy*. En su redacción originaria del año 2003, el primer párrafo del art. 15 del *Codice Privacy* preveía un régimen de responsabilidad civil en el sentido del art. 2050 del *Codice civile*, a cargo de quien hubiese ocasionado un daño a otro como consecuencia del tratamiento de datos personales. El precepto era claro en el sentido de que establecía un sistema de responsabilidad civil por el ejercicio de una actividad peligrosa, de conformidad con el cual, cualquiera que causase un daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, viene obligado al resarcimiento del daño causado, siempre que no pruebe que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño, encuadrándose así, de manera expresa, la actividad de tratamiento de datos personales dentro de las actividades peligrosas. La referida norma preveía un sistema de inversión de la carga de la prueba a cargo del agente del daño y el segundo apartado del referido art. 15 del Decreto Legislativo 196/2003 establecía el carácter resarcible del daño extrapatrimonial también en el caso de vulneración del art. 11, regulador de la modalidad de tratamiento y requisitos de los datos personales. El referido art. 15 del Decreto Legislativo 196/2003 no contenía previsión alguna respecto del carácter solidario, o no, de la responsabilidad civil que, en el Derecho italiano, resultaba de aplicación por virtud de la aplicación de la remisión a la regla general del art. 2055 del *Codice civile* (fruto de la remisión a éste por parte del propio art. 2050 del *Codice civile*).



al titular de datos personales objeto de tratamiento, cuando haya mediado un incumplimiento de alguna de las previsiones específicas contenidas en el propio RGPD y que, debe hacerse extensivo a las contempladas en las normas nacionales de protección de datos personales; de tal manera que la acreditación por el responsable o, en su caso, por el encargado de tratamiento del cumplimiento de las previsiones legales que rigen su actividad, lo pondrá al amparo de la posibilidad de exigirle responsabilidad civil por los daños y perjuicios que haya padecido el titular de los datos personales<sup>65</sup>. De esta forma, las normas que contemplan y disciplinan la actuación de los responsables y de los encargados de tratamiento de datos personales se erigen en determinaciones normativas de estándares de diligencia de observancia preceptiva, cuyo incumplimiento permite la calificación de la actuación de los referidos sujetos como negligente y, en consecuencia, suficiente para considerar que concurre el título de imputación subjetiva de su responsabilidad civil.

El art. 15, así como el resto del Título III de la Parte I del Decreto Legislativo núm. 196/2003, fueron derogados por el ya citado Decreto Legislativo núm. 101/2018. En consecuencia, en materia de responsabilidad civil, en el Derecho italiano vigente no existe ninguna norma que se remita expresamente a la aplicación del art. 2050 del *Codice civile*, al tiempo que no existe ninguna previsión específica en esta materia en el DLeg. 101/2018, de manera que la norma de aplicación es el art. 82 del RGPD. Es precepto, como se expone de manera detallada en el texto contempla el derecho de cualquier perjudicado a obtener el resarcimiento del daño sufrido siempre que haya existido una vulneración de las previsiones del RGPD por parte del responsable o del encargado del tratamiento. La doctrina italiana ha puesto de manifiesto que una primera diferencia entre el régimen jurídico que resulta del art. 82 del RGPD, respecto de su precedente, el art. 15 del DLeg. 196/2003, radica en el primer los responsables frente al perjudicado son el responsable de tratamiento y el encargado de tratamiento, en tanto que en el precepto derogado lo era cualquiera que hubiese ocasionado el daño; al tiempo que conforme al RGPD puede ser requerida la indemnización tanto de daños patrimoniales, como de daños extrapatrimoniales, pudiendo ejercitarse a acción ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En el Derecho brasileño también se debate acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil de los agentes de tratamiento de datos personales, considerando que la LGPD de 2018 establece un sistema de responsabilidad civil subjetiva, entre otros, BODIN DE MORAES, M<sup>ª</sup>C.; DE QUEIROZ, J.Q.: «Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD», en *Cadernos Adenauer*, Vol. 3, *op. cit.*, pg. 130; y, siguiendo a los anteriores, DA SILVA LIMA, H.: «Responsabilidade civil objetiva, subjetiva ou proativa? Pela Lei Geral de Proteção de Dados e suas implicações: contexto brasileiro», *Revista Jurídica de Danos*, *op. cit.*, expresamente la pg. 8.

En sentido contrario, en la doctrina española sostienen que tanto la responsabilidad civil del responsable del tratamiento, como la del encargado de tratamiento, es objetiva, en tanto que, a su juicio, no se hace depender de la concurrencia de culpa, al no existir ninguna referencia a la misma en las normas examinadas del RGPD, RUBÍ PUIG, A.: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *op. cit.*, pgs. 62-63; y GRIMALT SERVERA, P.: «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de datos personales* (APDC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pgs. 364-366.

<sup>65</sup> La previsión de un sistema de responsabilidad subjetiva es el sistema por el que el legislador alemán ha optado expresamente en el §.83 de la *Federal Data Protection Act of 30 June 2017* (*Federal Law Gazette* I, pg. 2097), rubricado «*Compensation*» y del siguiente tenor: «(1) *If a controller has caused a data subject to suffer damage by processing personal data in violation of this Act or other law applicable to this processing, the controller or its legal entity shall be obligated to provide compensation to the data subject. This obligation to provide compensation shall not apply if, in the case of non-automated processing, the damage was not the result of fault by the controller.*

(2) *The data subject may request appropriate financial compensation for non-material damage.*

(3) *If, in the case of automated processing of personal data, it is not possible to determine which of several controllers caused the damage, each controller or its legal entity shall be liable.*

(4) *Section 254 of the Civil Code shall apply to contributory negligence on the part of the data subject».*

(5) *The limitation provisions stipulated for tortious acts in the Civil Code shall apply accordingly with regard to statutory limitation».*

A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el art. 82 del RGPD pone a cargo del responsable y del encargado del tratamiento, a efectos de que puedan exonerarse de responsabilidad civil derivada de un evento dañoso cuya imputación se pretenda, bien que este evento dañoso resulta imputable a un hecho extraño a su esfera de control y de responsabilidad (hecho de un tercero o supuesto de fuerza mayor), bien que han adoptado todas las medidas normativamente exigidas y técnicamente posibles para evitar que se verificase el daño. Suele afirmarse que la razón o argumento que subyace en la inversión de la carga de la prueba de la culpa radica en el hecho de que el tratamiento de datos personales se califica como una actividad peligrosa, en tanto que expone a los titulares de los datos personales objeto de tratamiento a un riesgo<sup>66</sup>, siendo esta actividad aceptada por la utilidad económica y social que conlleva, debiendo ser compensado aquel riesgo en el caso de que resulten vulnerados los derechos de los titulares de los datos personales que son tratado, ordinariamente en beneficio del responsable. En consecuencia, el titular de los datos personales, el interesado que ejercita la acción de responsabilidad civil habrá de acreditar: la existencia del daño o del perjuicio, así como su cuantía; la violación de una norma de tutela de los datos personales –representativa de la conducta antijurídica–, así como la relación de causalidad entre esta conducta y el daño cuyo resarcimiento pretende.

Conforme a las afirmaciones que preceden, el responsable o el encargado del tratamiento, según sea el caso, quedarán exentos de responsabilidad cuando demuestren que no les resultan subjetivamente imputables los daños y perjuicios. En este sentido, el Considerando 146 del RGPD explica que el responsable o el encargado tratamiento deben quedar exentos de responsabilidad si se demuestra que en modo alguno son responsables de los daños y perjuicios, lo que debe entenderse no como una tautología, sino como la posibilidad de exoneración en los supuestos de daños imputables a un tercero, a un evento externo al ámbito de riesgo (fuerza mayor), así como en aquellos casos en los que acrediten haber actuado de manera diligente.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a indemnización tampoco será exigible si no se ha producido una infracción del RGPD o, en los términos ya expuestos, de la LOPDPGDD, en el sentido de que dicha infracción produzca un daño económico o moral al interesado cuyos datos personales son objeto del tratamiento; esto es, en aquellos casos en los que el daño

---

<sup>66</sup> Cuando se alude al riesgo derivado del tratamiento de datos personales ha de tenerse en cuenta que estos riesgos son múltiples, de conformidad con las previsiones del Considerando 75 del RGPD, a tenor del cual «*los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados*».

cuyo resarcimiento se pretenda no pueda calificarse como antijurídico; lo que sucederá también en aquellos casos en los que no haya un tratamiento ilícito de datos personales (*v.gr.*, en aquellos casos en los que se tratan son datos anonimizados, sin que sea posible reidentificar a la persona a la que se tratan, de manera que no concurre una conducta ilícita).

La indemnización requiere que el interesado pruebe que ha producido un daño, bien sea económico o patrimonial (material) o moral (inmaterial). En relación con el concepto de daño, el Considerando 146 del RGPD explica que el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del mismo. En el caso de que no se produzca daño o perjuicio alguno, pero sí concorra una vulneración de otras normas del Derecho de la Unión Europea o de los Estados miembros en materia de tutela de los titulares de los derechos personales objeto de tratamiento, aunque no fuera aplicable el derecho a indemnización acogido en el art. 82 del RGP, sí cabe la posibilidad de que el interesado presente una reclamación ante la autoridad nacional de protección de datos, si se trata de una conducta tipificada como ilícita, siendo susceptible de una sanción administrativa.

## 8 LA NO APLICACIÓN DEL RGPD A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN INTERNET (ISPs)

Determinando el ámbito de aplicación material del RGPD, el art. 2.4 del propio RGPD establece que *el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en sus artículos 12 a 15*». A mi juicio esta previsión debe interpretarse en el sentido de que los prestadores de servicios de intermediación en Internet responden en el caso de daños ocasionados como consecuencia de la vulneración de la privacidad y, en particular, de la protección de datos personales, conforme a su régimen de responsabilidad civil propio que, como es conocido, en un régimen de responsabilidad civil de naturaleza subjetiva.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, en virtud de la que se transpone la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*, entre otros aspectos del comercio electrónico, regula, en sus arts. 13 a 17, la responsabilidad civil de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios en la sociedad de la información –*service providers*», *on-line service providers*» (OSPs)» o *Internet service providers*» (ISPs)–. El ámbito subjetivo de aplicación de la LSSI viene determinado por la presencia de un *prestador de servicios de la sociedad de la información*», con independencia de la condición subjetiva del destinatario o usuario de los mismos que, por lo tanto, podrá ser cualquier persona física o jurídica que utilice, por motivos personales o profesionales, un servicio de la sociedad de la información, si bien el hecho de que tenga la condición subjetiva de consumidor o usuario, de acuerdo con la legislación de consumo, implicará el sometimiento de la prestación del servicio a las previsiones del régimen estatutario diseñado por este sector del Ordenamiento jurídico. El concepto de servicio de la

sociedad de la información se contiene en la Directiva 98/34/CE, así como en el art. 1.b) de la Directiva 2015/1535/CE, a tenor del cual, es todo servicios prestado ordinariamente contra una remuneración, a distancia, por vía electrónica, a petición individual de un destinatario de los servicios. La prestación de servicios en el ámbito que se ha dado en llamar de economía colaborativa ha suscitado la cuestión atinente a la calificación como prestadores de servicios de la sociedad de la información de las sociedades que ponen a disposición de terceros plataformas virtuales que permiten la contratación entre los destinatarios de las mismas, como es el caso, entre otros muchos, de *Airbnb*, respecto del que la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18, *Airbnb*) ha calificado como un servicio de intermediación propio de los servicios de la sociedad de la información y, en consecuencia, sometido al régimen de la Directiva 200/31/CEE, no resultando de aplicación las exigencias normativas (nacionales) previstas para la prestación de servicios propios de las agencias inmobiliarias.

La LSSI viene a dar respuesta a una cuestión de capital importancia, dada la trascendencia económica que implica, cual es la relativa a si puede serles –y, en su caso, en qué circunstancias– imputada responsabilidad civil por daños derivados de contenidos ajenos transmitidos o alojados por ellos o a los que faciliten o permitan de cualquier manera el acceso o su localización en la red Internet. El principio general en que se asienta la respuesta resulta de la afirmación expresa del sometimiento de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a las normas generales reguladoras de la responsabilidad civil, penal y administrativa del Ordenamiento jurídico español (art. 13.1 de la LSSI). Respecto de la responsabilidad civil, la regla general que acaba de enunciarse supone la remisión, con las precisiones en orden a la determinación del canon de diligencia exigible que se concretan en los arts. 14 a 17 de la LSSI para los distintos ISPs», a las previsiones de los arts. 1902, 1903 y concordantes del CC, al tiempo que la precisión contenida en el núm. 2 del art. 13 de la LSSI parece ampliar el ámbito de exención derivado del respeto a aquellas exigencias de diligencia a los ámbitos propios de la responsabilidad penal y administrativa. En cuanto a esta última, la propia LSSI contiene, en su Título VII (arts. 37 a 45) y bajo la rúbrica genérica de *Infracciones y sanciones*», la disciplina de la responsabilidad de naturaleza administrativa en la que pueden incurrir estos prestadores de servicios.

La LSSI contempla un régimen más estricto o más laxo en función de la concreta actividad desarrollada por el ISP. El ejemplo más claro del prestador sometido al régimen menos estricto es el constituido por el que realiza la actividad de simple conducción de la información (el operador de red y el proveedor de acceso o prestador de servicios de *routing*»), al que prácticamente se le exonera de responsabilidad civil por contenidos ajenos (art. 14 de la LSSI), frente al ejemplo representado por el ISP que aloja y almacena datos ajenos (prestador de servicios de *hosting*»), que constituiría el ejemplo del prestador sometido a un régimen más estricto de responsabilidad civil (art. 16 de la LSSI). En todo caso su responsabilidad civil requiere la existencia de un conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos alojados, salvo en el caso en el que tenga un papel activo que pueda darle conocimiento o control sobre los datos o sobre las informaciones alojadas, habiendo optado la Sala de lo Civil del TS por una interpretación material y estricta del concepto de conocimiento efectivo», debiendo estar al alcance de cualquiera la posibilidad de considerar los referidos contenidos o informaciones como ilícitos de manera notoria, sin que resulte suficiente una mera comunicación del afectado o potencial perjudicado. En efecto, la STS 144/2013, de 4 de marzo (RJ 2013, 3380), reiterando la doctrina asumida en su pretérita Sentencia (caso *putasgae*) 773/2009, de 9 de diciembre (RJ 2010, 131), considera que la integración del requisito del conocimiento efectivo

por el prestador de servicios de alojamiento requiere una comunicación previa de la resolución de la autoridad competente acerca de la ilicitud de los contenidos. El TS se hace eco también de la doctrina emanada de la STJUE de 16 de febrero de 2012 (asunto C-360/10) a tenor de la cual se considera contrario al derecho fundamental a la libertad de expresión ordenar un sistema de filtrado de contenidos con carácter previo. A su vez, la STJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France vs. Louis Vuitton*) declaró que, para considerar responsable al prestador de servicios de intermediación, es necesario que éste *desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados*», en tanto que, en caso contrario, es necesario que tenga un conocimiento efectivo de la ilicitud de los mismos. Precisamente el hecho de considerar la existencia un conocimiento efectivo de los datos de contenido ilícito alojados (insultos y comentarios vejatorios a un personaje público), unido al hecho de mantener un registro con un domicilio inexacto que impidió al perjudicado comunicar al prestador de los servicios de almacenamiento de datos la solicitud de interrupción del acceso a las referidas informaciones y contenidos manifiestamente ilícitos, permitió a la STS 72/2011, de 10 de febrero (RJ 2011, 313) el pronunciamiento de condena al prestador de servicios de alojamiento del sitio web *alabarricadas.org*».

En una posición intermedia se encuentra el proveedor o prestador de servicios de copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (servicios de *hosting*) al que se exonera de responsabilidad civil si no modifica la información copiada, permite el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas por el destinatario cuya información se solicita, respeta las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la utilización de la información, no interfiere en la utilización lícita de tecnología empleada en el sector con la finalidad de obtener datos sobre la utilización de la información y, en el caso de que tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar de la red en el que se encontraba inicialmente, se ha imposibilitado el acceso a ella o un tribunal o un órgano administrativo competente han ordenado retirarla o impedir el acceso a ella, retire la información que haya almacenado o haga imposible el acceso a la misma (art. 15 de la LSSI).

El art. 17 de la LSSI disciplina la responsabilidad civil de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (*linking*). Los intermediarios que prestan los servicios consistentes en facilitar enlaces a contenidos situados en otro lugar de la red y los que incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de aquellos contenidos, no responden de los daños que se puedan causar por los contenidos encontrados merced a la utilización de los instrumentos que ponen a disposición de los usuarios –y de los internautas o usuarios de la red– siempre que se cumpla alguna de las dos circunstancias enunciadas a propósito de los intermediarios que presten servicios de *hosting*» (art. 16 de la LSSI); a saber: no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de ser indemnizados (también en este caso la existencia de una resolución de la autoridad competente declarando la ilicitud de los contenidos u ordenando su retirada, la inutilización del acceso o declarando la existencia de la lesión y aquella fuese conocida por el prestador del servicio, impide la apreciación de esta circunstancia); o, si lo tienen, actúen con la diligencia necesaria para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En todo caso, la exención de responsabilidad derivada de la concurrencia de alguna de las dos circunstancias enunciadas en el párrafo anterior no puede apreciarse, de acuerdo con el tenor literal del art. 17.2 de la LSSI, *si el destinatario del servicio*» opera bajo la dirección,

autoridad o control del prestador que facilita la localización de aquellos contenidos, entendiéndose por destinatario» no el internauta que utiliza o se vale de los instrumentos de búsqueda o de enlace con los contenidos o informaciones que le interesan, sino el titular o responsable de estos contenidos o informaciones cuya localización en la red se facilita, aun cuando usuario», en sentido estricto, sería la persona que efectivamente usa el buscador y, en su caso, activa el enlace que le permite el acceso a los contenidos deseados. Por esta razón, la norma no resulta adecuada cuando se trata simplemente de la actividad de proveer enlaces –el proveedor es quien los crea– y ello porque el destinatario o usuario, en este caso, sólo puede identificarse con quien usa y activa efectivamente el enlace creado.

Las expresiones utilizadas en la Directiva 2000/31/CE, *no se puede considerar al prestador de servicios de este tipo [mera transmisión] responsable de los datos transmitidos, a condición de que [...]*» (art. 12.1), *el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información [...] a condición de que [...]*» (art. 13.1), *el prestador de servicios [de alojamiento de datos] no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del interesado, a condición de que [...]*» (art. 14.1), traducidas por el legislador español por *no serán responsables por la información transmitida salvo que [...]*» (art. 14.1), *no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos si [...]*» (art. 15), *no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que [...]*» (art. 16.1), inducen a pensar que la Directiva no exige y que el legislador estatal no ha instaurado un régimen de responsabilidad civil especial o distinto del que constituye el Derecho común en este sector del Ordenamiento jurídico. En efecto, el legislador de la UE parece limitarse a describir unas conductas en las que poder fundar la imputación de responsabilidad civil al ISP y ello en orden a soslayar los problemas que podrían suscitar otro tipo de previsiones y su adecuación a los distintos sistemas de responsabilidad civil imperantes en los distintos Estados de la UE, de acuerdo con las advertencias que se contienen en el Considerando núm. 40 de la Directiva 2000/31/CE<sup>67</sup>. Por su parte, el legislador español, respetando estos mínimos, los contempla como reglas que describen o perfilan los deberes de prudencia y de diligencia de los

<sup>67</sup> Vid., entre otros, BUSTO LAGO, J. M.: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en *Tratado de responsabilidad civil* (F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO COORDS.), T. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (5ª ed.) (págs. 597 a 747); *ibidem*, «La responsabilidad civil de los “Internet Service Providers” (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual», *RdNT*, núm. 5, 2004, pgs. 39 a 73; *ibidem*, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», *AJA*, núm. 542, 25 julio 2002, pgs. 1 a 6; CLEMENTE MEORO, M. E.: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en *Responsabilidad civil y contratos en Internet (Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)* (CLEMENTE MEORO; CAVANILLAS MÚGICA), Ed. Comares, Granada, 2003, pgs. 1 a 116; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet (Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE)*, Ed. Comares, Granada, 2003 (2ª ed.); *ibidem*, «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», en *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 1, 1999, pgs. 9 a 64; JULIA BARCELÓ, R.; MONTERO, É. y SALAÜN, A.: «La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies», en *Commerce électronique (Les temps des certitudes)*, *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit* (núm. 17), Ed. Bruylant, Bruxelles, 2000; MENDOZA LOSANA, A. I.: «Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. Modificaciones relevantes para los operadores del sector de telecomunicaciones», *AC*, núm. 4, junio 2008, pgs. 15 a 34; DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Derecho privado de Internet*, Ed. Civitas, Madrid, 2015 (5ª ed.); PLAZA PENADÉS, J.: «La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el Derecho comunitario y en la LSSI)», en *Contratación y comercio electrónico* (F. J. ORDUÑA MORENO, Dir.), Ed. Tirant lo Blanch,

ISPs, constituyendo una especie de *lex artis*, de manera que sólo si incumplen alguno de los deberes positivos o negativos que imponen, entonces pueda considerarse que concurren los presupuestos necesarios para la imputación subjetiva de responsabilidad. Al margen de los presupuestos que habilitan la imputación a un ISP *ex LSSI*, no puede considerarse que éste haya incurrido en responsabilidad civil, en virtud, pongo por caso, de la aplicación de normas de protección de determinados derechos que prevean criterios de imputación más laxos (como tampoco podría exonerarse el ISP alegando que para aquellos daños una determina norma contempla un criterio más estricto de imputación). El principio general de no responsabilidad civil de los ISPs determina que la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos en orden a imputar aquella responsabilidad a estos prestadores de servicios recaiga sobre el perjudicado (*ex art. 217.2 de la LECiv*).

En relación con las obligaciones que pueden imponerse a una prestador de servicios de alojamiento de datos, sin que ello suponga imponer una obligación general de supervisión prohibida por el art. 15.1 de la Directiva 2000/31/CEE, a tenor de las Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-18/18 *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited* (petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof*), publicadas en fecha 4 de junio 2019, el Abogado General concluye que el art. 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio (Directiva sobre el comercio electrónico), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, mediante un requerimiento judicial, se obligue a un prestador de servicios de alojamiento de datos que explota una plataforma de red social a buscar e identificar, entre todos los datos difundidos por los usuarios de esa plataforma, datos idénticos a los declarados ilícitos por el órgano jurisdiccional que haya dictado dicho requerimiento. Mediante ese requerimiento judicial puede obligarse a un prestador de servicios de alojamiento de datos a buscar e identificar datos similares a los declarados ilícitos únicamente de entre los datos difundidos por el usuario que publicó tales datos. Un órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la retirada de esos datos similares debe garantizar que los efectos de su requerimiento son claros, precisos y previsibles. A ese propósito, debe poner en equilibrio los derechos fundamentales en juego y tener en cuenta el principio de proporcionalidad.

La Ley 25/2007, de 18 de octubre, *relativa a la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*, en virtud de la que transpuso la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo y reformada por la D.F. 4ª de la LGTel/2014, establece la obligación de los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o que explotan redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la LGTel (el art. 42 de la LGTel remite a la aplicación de la Ley 25/2007, en relación con la conservación y cesión de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones), de conservar determinados datos relativos a aquéllas durante un período mínimo de doce meses, al tiempo que se establece la regulación atinente a la cesión de los mismos, siempre previa autorización judicial.

---

Valencia, 2003, pgs. 195 a 237; PEGUERA POCH, M.: *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Ed. Comares, Granada, 2007; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: «Capítulo 21: La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos* (A. ORTI VALLEJO y Mª C. GARCÍA GARNICA, DIRS.), *op. cit.* (2ª edic.), en particular afirmando la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil, pg. 1156.

## 9 TIPOLOGÍA DE DAÑOS RESARCIBLES: SUPUESTOS PARTICULARES DE TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES ILÍCITOS QUE GENERAN DAÑOS Y PERJUICIOS RESARCIBLES AL TITULAR DE LOS DATOS

### 9.1. Consideración general

El propio RGPD, en su Considerando 75, pone de manifiesto que los daños y perjuicios que pueden vincularse causalmente al tratamiento de datos personales mediando el incumplimiento de las normas reguladoras de esta actividad son muy variados, tanto en su etiología, como en su naturaleza y gravedad<sup>68</sup>. Por su parte, el art. 82 del RGPD alude expresamente al derecho del perjudicado al resarcimiento tanto de los daños y perjuicio materiales, como de los *inmateriales*»; esto es, tanto de los daños y perjuicios patrimoniales, como de los extrapatrimoniales o morales, como ya se ha adelantado.

### 9.2. Daños materiales o patrimoniales

La cuantificación o valoración del daño patrimonial es una cuestión de prueba, debiendo acreditarse su realidad y su cuantía por el actor e incluyéndose tanto el daño emergente como el lucro cesante (ex art. 1106 del CC). En esta partida indemnizatoria han de incluirse todos los gastos derivados de los esfuerzos y actividades realizadas por el interesado para hacer cesar la irregularidad en el tratamiento de sus datos personales, así como los daños que se puedan derivar, *v.gr.*, de la frustración de operaciones financieras o de crédito (en el caso de inclusión indebida en un fichero de solvencia patrimonial negativa)<sup>69</sup>. También pueden considerarse como daños patrimoniales los derivados del uso masivo de datos personales (*big*

---

<sup>68</sup> El Considerando 75 del RGPD es del siguiente tenor: «Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados».

<sup>69</sup> Ha de precisarse, en relación con esta última afirmación, que no puede tomarse en consideración la suma de la operación frustrada como consecuencia de la indebida inclusión en un fichero de solvencia patrimonial cuando aquella consista en la concesión de un préstamo o de un crédito en tanto que la no realización de un gasto no puede considerarse pérdida económica. Así se ha pronunciado la SAP de Valencia, Secc. 7ª, de 19 de noviembre de 2003 [EDJ 2003\224188], en su F.D. 4º; si bien la afirmación contenida en esta Sentencia ha de ser objeto de alguna precisión de forma inmediata, en tanto que la frustración de la operación haya podido suponer algún



*data*»), sin el consentimiento de los titulares de los datos objeto de tratamiento con la finalidad de elaborar perfiles que permitan a las empresas suministradoras de productos o servicios segmentar por grupos de consumidores en un mercado, generando sobrecostos en el acceso a los referidos bienes y servicios<sup>70</sup>.

### 9.3. Daños morales o extrapatrimoniales: lesiones del derecho al honor

La indemnización de la que es acreedor el titular de los datos personales objeto del tratamiento ilícito generador del daño o del perjuicio habrá de ser comprensiva tanto del daño patrimonial experimentado por el perjudicado por el tratamiento de sus datos personales, como del daño moral que éste haya sufrido (*v.gr.*, SAP de Badajoz, Secc. 3ª, de 18 de julio de 2001 [JUR 2001\261932])<sup>71</sup>. Así, por ejemplo, ha de incluirse la valoración del descrédito personal o empresarial que pueda derivarse del indebido o inadecuado tratamiento de que hayan sido objeto los datos personales de una determinada persona<sup>72</sup>, como puede acontecer en el caso de la infracción del derecho al olvido en Internet (*vid.*, *infra*, §.9.4), divulgación no consentida de datos sobre un despido laboral<sup>73</sup>, inclusión indebida de datos personales en ficheros policiales<sup>74</sup> o el acceso a historias clínicas informatizadas<sup>75</sup>.

También suelen incluirse en el ámbito de los daños extrapatrimoniales derivados del inadecuado tratamiento de datos personales, la inclusión de datos de esta naturaleza en ficheros de solvencia patrimonial negativos, si bien, esta actuación ilícita puede conllevar también la causación de daños patrimoniales en forma de no concesión de la financiación solicitada, concesión en unas condiciones económicas más gravosas o en la no contratación de la prestación de un determinado servicio. En particular, las SSTs de 18 de febrero de 2015 [RJ 2015/574], de 12 de mayo de 2015 [RJ 2015/2027], 26 de abril de 2017 [RJ 2017/1737] y

coste para el titular de los datos personales objeto del tratamiento ilícito (*v.gr.*, comisiones ya pagadas, gastos derivados de las gestiones realizadas, etc.) o cuando la frustración de la operación suponga una pérdida de oportunidades debidamente acreditada (*v.gr.*, imposibilidad de concertar el préstamo en determinadas condiciones de mercado, imposibilidad de participar en una operación económica de carácter lucrativo, etc.); PARRA MEMBRILLA, L.: «Precios a medida para los consumidores: la consecuencia del Big Data», en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 12 de febrero de 2020.

<sup>70</sup> En este sentido, *vid.*, ZHU, B.: «A traditional tort for a modern threat: applying intrusion upon seclusion to dataveillance observations», 89 *N.Y.U.L. Rev.* 2381, diciembre de 2014; RUBÍ PUIG, A.: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *op. cit.*, pgs. 76 y 77.

<sup>71</sup> El carácter resarcible del daño moral o extrapatrimonial en este ámbito resulta ser un parecer doctrinal común, también en la doctrina comparada. Así, *v.gr.*, el art. 29 de la Ley italiana 675/1996, de 31 de diciembre, relativa a la tutela administrativa y jurisdiccional en relación con el tratamiento de datos personales, precisa expresamente en su apartado 9 que el daño patrimonial es resarcible también en los casos de violación de las previsiones del art. 9, en el que se regula la recogida de los datos personales objeto de tratamiento, así como los principios de calidad y relativos a la duración del tratamiento. *Vid.* ARIETA, G.: «Art. 29, commi VI, VII, VIII», en *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996* (E. GIANNANTONIO / M. G. LOSANO / V. ZENO-ZENCOVICH), CEDAM, Padua, 1999 (2ª edic.), pgs. 384 y 385.

<sup>72</sup> En este sentido, expresamente, la SAP Barcelona, Secc. 1ª, de 13 de mayo de 2005 [AC 2005\990].

<sup>73</sup> STS 609/2015, de 12 de noviembre [RJ 2015\5063], revocando la SAP Barcelona, Secc. 14ª, 404/2013, de 18 julio [JUR 2013\337466].

<sup>74</sup> STSJ País Vasco, C-Adm, Secc. 3ª, 617/2008, de 19 de septiembre [RJCA 2008\660].

<sup>75</sup> SJCA núm. 2 de Tarragona 55/2014, de 4 de marzo [JUR 2014\132891].

512/2017, de 21 de septiembre [RJ 2017\4056], distinguen los siguientes tipos o clases de daños, que se pueden/suelen derivar de una lesión del honor por inclusión indebida en un registro de morosos<sup>76</sup>:

- a) Daños patrimoniales, dentro de los que el TS distingue los que denomina daños patrimoniales concretos», *“fácilmente verificables y cuantificables (por ejemplo, el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación)”*; y los que el TS identifica como daños más difusos pero también reales e indemnizables» *“como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios”* y *“los daños derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional”* causados por la inclusión ilícita en un fichero de solvencia patrimonial negativo.
- b) Daños morales que el TS clasifica, a su vez, en tres subtipos o clases: los *“consistentes en la afectación de la dignidad en su aspecto interno o subjetivo”*, los que consisten en esta misma afectación, pero en el aspecto *“externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas”*; y, por último, los daños consistentes en el *“quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados”*.

Los denominados ficheros de solvencia patrimonial y crédito son ficheros privados (v.gr., el RAI –contiene información relativa a impagos exclusivamente de personas jurídicas, cuya cuantía sea igual o superior a 300,00 €-, ASNEF-EQUIFAX, EXPERIAN-BADEXCUG e ICIREDD –plataforma *on-line*» que permite el intercambio de información sobre impagos comerciales, tanto de personas jurídicas, como de personas físicas-) –salvo la CIRBE, que es un servicio público que gestiona una base de datos en la que constan prácticamente todos los préstamos, créditos, avales y riesgos en general que las entidades financieras tienen con sus clientes-. Los sistemas de información crediticia o ficheros de solvencia patrimonial se nutren de la información que suministran las empresas adheridas a ellos –ordinariamente entidades financieras y de crédito y grandes empresas de servicios- y a la que sólo éstas tienen acceso, de conformidad con las previsiones de la letra e) del art. 20.1 de la LOPDPGDD. Las condiciones para la inclusión de los datos personales de un deudor en un fichero de este tipo, ya contemplados en la derogada LOPD y en su Reglamento (RD 1720/2007, de 21 de diciembre) no contemplan la exigencia del consentimiento del deudor incumplidor<sup>77</sup>, existiendo amparo legal de esta

<sup>76</sup> Vid. PEÑA LÓPEZ, F.: «Daños al honor. Intromisión ilegítima por inclusión indebida de datos en un fichero de morosos. Criterios de determinación del daño resarcible. Indemnizaciones simbólicas: comentario a la STS de 21 septiembre 2017 (RJ 2017\4056)», *CCJC*, núm. 106, 2018, pgs. 225 a 238.

<sup>77</sup> En el Derecho español, a diferencia de lo que acontece con los ficheros de solvencia negativos que, como hemos visto, conforme a las previsiones de la LOPDPGDD no requieren del consentimiento del deudor incumplidor para que sus datos sean incorporados a los mismos, la jurisprudencia ha considerado que para que los prestamistas compartan información positiva sí es necesario el consentimiento del afectado (v.gr., STS, C-Adm, de 15 de julio de 2010 [ROJ:STS 4050/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4050] dictada resolviendo el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad mercantil «Experian Bureau de Crédito, S.A.» contra el RD

conducta, con carácter previo a la entrada en vigor de la LOPDPGDD, en la previsión del art. 60. Quinto de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, *de reforma del sistema financiero*- y sin que exista una previsión específica en el RGPD que determine una necesaria modificación de éstos. Estos requisitos que se regulan, ahora, en el art. 20 de la LO 3/2018, de PDPGDD, son los que siguen<sup>78</sup>:

1) Que los datos que se incorporan hayan sido facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

1720/2007, de 21 diciembre). Este criterio se mantiene en la vigente LOPDPGDD, mientras que en el Reglamento UE de Protección de Datos 2016/679, de 27 de abril (en vigor desde el día 25 de mayo de 2018) no se contiene una regulación específica en materia de tratamiento de datos de solvencia patrimonial. Esta ausencia de una regulación específica en el RGPD resulta cónsone con su carencia de previsiones sectoriales, sin perjuicio de que las normas nacionales hayan de adecuarse a los principios genéricos que establece en relación con el tratamiento de los datos personales. En particular, conforme al art. 6 del RGPD, los legisladores nacionales podrán concretar que el tratamiento de la información económico-financiera de un determinado sujeto por diferentes agentes – entidad suministradora de la información, entidad que la consulta y entidad gestora de los ficheros o bases de datos- es conforme a Derecho, bien exigiendo el consentimiento del interesado, bien remitiéndose a la exigencia de la necesidad del tratamiento «*para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales*»; pudiendo conjugarse estas exigencias con otras, como la necesidad del tratamiento «*para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales*», o para «*el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento*» -que resultarían predicables de las entidades prestamistas-; o, por último, «*para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*» -que concurrirá en el caso de la creación de registros públicos-.

En el sentido indicado, en el *Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos* se advierte que la voluntad del legislador de la UE es que la determinación de las circunstancias en que un determinado sistema de información crediticia sea legítimo debe ser valorado, caso a caso, por el propio responsable del tratamiento y, en último término, por las autoridades de protección de datos y por los tribunales. A juicio de Consejo de Estado, esta decisión implica la necesaria desaparición de la regulación sobre estos tratamientos que se contenía en el art. 29 de la derogada LOPDP/1999 y la consiguiente supresión de la regulación contenida en el referido *Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos*, añadiendo que «*la única área de intervención del legislador nacional en estos casos sería la relativa a aquellos sistemas de información crediticia que respondan a un determinado interés público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 y 3 del Reglamento*». Concluye el Consejo de Estado en el referido Dictamen que, «*todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la ya apuntada posibilidad de redactar estas previsiones en forma de presunción iuris tantum, tal y como se indicó en las observaciones al artículo 9.3 del Anteproyecto*». Pues bien, precisamente en forma de presunción «*iuris tantum*» de licitud se ha redactado el art. 20.1 de la LOPDPGDD, en tanto que reputa lícito, salvo prueba en contrario, el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan una serie de requisitos, entre los que la letra e), contempla –como ya se ha señalado- que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario. Además, el apartado 3º del mismo art. 20 de la LOPDPGDD precisa que la referida presunción no se extiende a los supuestos en que la información crediticia fuese asociada por la entidad que mantuviera el sistema a informaciones adicionales a las contempladas en dicho apartado, relacionadas con el deudor y obtenidas de otras fuentes, a fin de llevar a cabo un perfilado del mismo, en particular mediante la aplicación de técnicas de calificación crediticia.

<sup>78</sup>. Sobre estos requisitos aplicando la derogada LOPD, *vid.* SAN MARTÍN ARIAS, I.: *Protección de datos en el crédito al consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015., pgs. 55 y ss.

2) Que los datos incorporados al fichero o sistema de información crediticia se refieran a una deuda existente, cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada; siendo necesario, además, que su existencia y/o cuantía no haya resultado controvertida por el deudor en virtud de una reclamación administrativa, un procedimiento judicial o acudiendo a un sistema alternativo de resolución de conflictos entre las partes (un sistema de ADR) cuya resolución sea vinculante para las partes. Si la deuda es controvertida, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del deudor, de manera que su inclusión en un fichero de solvencia negativo no será conforme a Derecho y, en particular, no respetará la exigencia dimanante del principio de calidad de los datos. En esta circunstancia la inclusión de los datos del pretendido deudor en un fichero de la naturaleza que nos ocupa vulnerará el honor del titular de los mismo, como ha reconocido, *v.gr.* la SJPI Badajoz núm. 3 de 16 de julio de 2018 [*La Ley* 83953/2018].

3) Debe practicarse un requerimiento de pago previo a la inclusión en el fichero o sistema de información crediticia a la persona obligada al pago de la deuda.

4) No deben haber transcurrido más de cinco años –en la regulación previa a la LOPD-PGDD este plazo era de seis años- desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto, de manera que, con independencia del cumplimiento, o no, de la obligación, los datos no pueden mantenerse en el fichero de solvencia más de seis años. Este límite de permanencia se deriva de la exigencia de veracidad y actualidad de los datos incorporados y el plazo de cinco años que contempla la letra *d)* del art. 20.1 de la LOPDPGDD concuerda con el plazo general de prescripción de las obligaciones de naturaleza personal que establece el art. 1964.2 del CC.

La inclusión de una persona en un fichero de esta naturaleza (fichero de solvencia negativo), sin que se cumplan estos presupuestos determina el nacimiento de una responsabilidad civil extracontractual de la persona, física o jurídica –ordinariamente una sociedad mercantil-, que los haya facilitado (*v.gr.*, STS 174/2018, de 23 de marzo [ROJ:STS 962/2018 - ECLI:ES:TS:2018:962], declarando la vulneración del derecho al honor y a la protección de datos personales por la inclusión en un registro de morosos de una deudor que había discutido de manera justificada la existencia de la deuda que motivó aquella inclusión; STS 512/2017, de 21 de septiembre [ROJ:STS 3322/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3322], en relación con la vulneración del derecho al honor del usuario de servicios de telecomunicaciones al que se incluye en un registro de morosos por presunto impago de facturas<sup>79</sup>; con anterioridad, la STS 176/2013,

<sup>79</sup>. Sobre esta STS, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F.: «Daños al honor. Intromisión ilegítima por inclusión indebida de datos en un fichero de morosos. Criterios de determinación del daño resarcible. Indemnizaciones simbólicas: Comentario a la STS de 21 septiembre 2017», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 225 a 238. *Vid.*, también, entre otros, RUBIO TORRANO, E.: «Inclusión indebida en fichero de morosos: intromisión ilegítima en el derecho al honor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2012 (BIB 2012\3143); GARCÍA PÉREZ, C.L.: «Intromisión ilegítima en el derecho al honor y protección de datos. Especial referencia a su afectación por ingreso en registros de moroso», en *Daño, responsabilidad y seguro* (M.J. HERRADOR GUARDIA, DIR.), *op. cit.*, especialmente las pgs. 406 y ss.; CUENA CASAS, M.: «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2019; BUSTO LAGO, J.M.: «El deber de evaluar la

de 6 de marzo [ROJ:STS 1715/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1715] consideró concurrente la lesión del derecho al honor de una persona física cuyos datos habían sido incorporados a un fichero negativo de solvencia patrimonial, siendo dudosa la existencia de la deuda que motivó la comunicación de los referidos datos por la entidad financiera pretendidamente acreedora; la STS 226/2012, de 9 de abril [ROJ:STS 2638/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2638], estimó la vulneración del derecho al honor de una persona jurídica en estos supuestos de inclusión errónea en un registro de morosos y la STS 899/2011, de 30 de noviembre [ROJ:STS 8213/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8213], apreció la concurrencia de daños continuados en el caso de inclusión indebida en estos registros, entre el momento de la indebida inclusión y hasta el momento en el que se da de baja).

Los datos que sobre el deudor se suministran al fichero o sistema de información crediticia son lo que la LOPDPGDD llama pertinentes, exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Si cumplen con estos requisitos, la incorporación en el fichero no afecta al honor de la persona en cuanto se derive que no es moroso, como precisó la STS 586/2017, de 2 de noviembre [ROJ:STS 3799/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3799], en el caso de incorporación de los datos de una persona referidos al riesgo indirecto por su condición de avalista de la sociedad de la que fue socio). El acreedor no puede incorporar a estos ficheros más información que la necesaria en orden a satisfacer la finalidad de estos, consistente, en esencia, en la identificación del deudor y el origen e importe de la deuda no satisfecha tempestivamente.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el daño moral puede presentar relevancia *per se*», sin necesidad de aparecer vinculado a una daño de naturaleza patrimonial (así se contempla expresamente, *v.gr.*, en el art. 140 del TRLPI y así sucede también en muchas ocasiones en el ámbito de aplicación de la LO 1/1982<sup>80</sup>).

#### 9.4. El llamado derecho al olvido y las consecuencias jurídicas de su infracción

Otro supuesto paradigmático en el que la jurisprudencia ha reconocido al perjudicado el derecho a obtener una indemnización es el caso de la infracción del denominado derecho al olvido digital. El reconocimiento expreso del llamado derecho al olvido, especialmente en Internet (art. 93 de la LOPDPGDD y art. 151-6.5 de la *Propuesta de CC* elaborada por la APDC), se ha producido a partir de la STJUE de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12, *Mario Costeja*) y de la STS 210/2016, de 5 de abril [RJ 2016\1006]<sup>81</sup>. Se reconoce el derecho al olvido, tanto de la información que el propio interesado haya consentido en desvelar en su día como de

---

solvencia del consumidor de crédito como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento y su regulación en España», en *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad* (M. CARBALLO FIDALGO, COORD.), Ed. J.M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2019, especialmente las pgs. 36 a 42.

<sup>80</sup> Así se contempla, también de manera expresa, en el inciso segundo del art. 18.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* [BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003].

<sup>81</sup> Entre otros muchos estudios sobre esta STJUE, puede verse, GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> C.: «La protección de los datos personales frente a su tratamiento on-line tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea (Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute)* (A. RUDA GONZÁLEZ y C. JEREZ DELGADO, DIRS.), Ed. Sepin, Madrid, 2017, pgs. 543 a 561.

aquellos datos que, afectando a sus derechos de la personalidad, se hayan publicado lícitamente, y se conserven en sistemas de búsqueda y almacenamiento de datos. Transcurridos cinco años el interesado debe contar con algún cauce para poder eliminar el acceso a dicha información. Se trata de un plazo razonable, coincidente con el que el Código Penal establece para la cancelación de los antecedentes penales en las penas menos graves, iguales o superiores a tres años (art. 136 del CP), así como con el propio de la prescripción general de las acciones personales (art. 1964.2 del CC).

Son numerosas las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN que ha reconocido el derecho al olvido en Internet en relación con motores de búsqueda y la exigencia de eliminación de datos personales con fundamento el ejercicio de los derechos de oposición y de cancelación del titular del mismo, en todos aquellos casos en los que se ha determinado que no prevalece un interés público que justifique el mantenimiento de datos, por diversos motivos en los que subyace el perjuicio del titular de los referidos datos, en el ámbito laboral (*v.gr.* SAN, C-Adm, de 28 de enero de 2015 [JUR 2015\57452]) así como en aquellos casos en los que se vincula al interesado con conductas penalmente relevantes (*v.gr.* SSAN, C-Adm, de 29 de diciembre de 2014 [JUR 2015\26504] y de 20 de febrero de 2015 [JUR 2015\104978]); incluyendo los supuestos de publicación en páginas *web* de sentencias sin anonimizar (SAN, C-Adm, 155/2015, de 31 de marzo [RJCA 2015\600]). El derecho al olvido puede ejercitarse solicitando la adopción de medidas que impidan la indexación de los datos publicados en diarios oficiales (SAN, C-Adm, 121/2015, de 13 de marzo [JUR 2015\104161]), siempre que concurren los presupuestos enunciados por la STJUE de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12), así como en medios de comunicación, en aquellos casos de noticias antiguas<sup>82</sup>, con errores en la información facilitada y relativas a personas sin relevancia pública (SAN, C-Adm, 341/2015, de 2 de octubre [RJCA 2015\869]). Por el contrario, no procede en relación con la publicación de información sobre hechos de extraordinaria gravedad e impacto social como es el caso de la atinente a una persona juzgada por un delito grave y absuelta por falta de prueba de cargo, no cabiendo el silenciamiento del nombre y apellidos del afectado, habida cuenta, además, del escaso tiempo transcurrido desde el juicio (STS 426/2017, de 6 de julio [RJ 2017\3194]).

La STS 210/2016, de 5 de abril [RJ 2016\1006] confirmó la SAP Barcelona, Secc. 16ª, 364/2014, de 17 de julio [AC 2014\1661], en virtud de la que se condenó a *Google Spain, S.L.* a indemnizar al actor en la suma de 8.000,00 € por considerar que se había vulnerado por la entidad demandada su derecho a la protección de datos personales: determinados buscadores de Internet, entre los que se encontraba *Google*», permitían enlazar el nombre del actor con el contenido del BOE que publicaba un indulto que le había sido concedido en el año 1999. El actor ejercitó el derecho al olvido, ejercitando simultáneamente las acciones fundadas en la LO 1/1982 y la acción indemnizatoria *ex art.* 19 de la LOPD. El TS consideró que el núcleo de la controversia lo constituye, en el supuesto sometido a su consideración, la responsabilidad de las entidades demandadas por el daño causado al actor por la infracción de su derecho a la protección de los datos personales, sin perjuicio de considerar que, en cuanto al derecho al honor, que la información de que una persona fue condenada por cometer un delito contra la

<sup>82</sup> La STS 545/2015, de 15 de octubre [RJ 2015\4417] consideró que el derecho al olvido ha de ser reconocido en relación con informaciones y hechos ocurridos mucho tiempo atrás. Sobre esta STS, *vid.* RUDA GONZÁLEZ, A.: «Indemnización por daños al derecho al olvido. La responsabilidad por la no exclusión de la indexación de una hemeroteca digital por los buscadores generales (Caso El País). Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417)», en *CCJC*, núm. 101, 2016 [BIB 2016\4040].

salud pública, obtenida a partir de la información sobre el indulto de la pena impuesta por la comisión del referido delito, puede afectar a la buena reputación de la persona y, en consecuencia, hacerle desmerecer en la consideración ajena, generando descrédito social.

La STJUE de 24 de septiembre de 2019 (asunto C-507/17, *Google vs. CNIL*) vino a determinar la extensión de la obligación del gestor de un motor de búsqueda cuando recibe una solicitud de retirada de enlaces, señalando que no estará obligado a proceder a dicha retirada en todas las versiones de su motor, sino en las versiones de éste que correspondan al conjunto del Estados miembros, combinándolas, en caso necesario, con medidas que impidan de manera efectiva o, al menos, dificulten seriamente a los internatutas que obtengan resultados de sus búsquedas que los redirijan a los enlaces objeto de la solicitud de retirada<sup>83</sup>.

## 10 LA INDEMNIZACIÓN DEL TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES QUE HA RESULTADO DAÑADO O PERJUDICADO

### 10.1. Precisiones generales sobre la acción ejercitando el derecho a la indemnización por el interesado perjudicado

El derecho a indemnización del interesado que reconoce el art. 82 del RGPD, en los términos ya expuestos, ampara el ejercicio de la acción indemnizatoria o resarcitoria del daño o perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, que se ejercitará ante los tribunales competentes, que en nuestro caso sería la vía jurisdiccional civil, para que pueda obtener una indemnización de aquellos daños o perjuicios. El art. 82.6 del RGPD establece que las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes de conformidad con el Derecho del Estado miembro que se indica en el art. 79.2 del propio RGPD, lo que determina la competencia, objetiva y funcional, de los juzgados de primera instancia, determinándose la competencia territorial de conformidad con las previsiones de los arts. 51 y 52 de la LECiv<sup>84</sup>. En efecto, la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles se extiende al conocimiento de todas las materias que no estén expresamente atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, de conformidad con la *vis attractiva*» de que la dota el art. 9.2 de la LOPJ, si bien ha de tenerse en cuenta que algunos autores provenientes del ámbito social o laboral del

<sup>83</sup> Vid. DE DIEGO ARIAS, J. L.: «Derecho de supresión o derecho al olvido: sobre la extensión de la obligación del gestor de un motor de búsqueda cuando recibe una solicitud de retirada de enlaces», *Diario La Ley*, 29 de octubre de 2019 («Comentarios»).

<sup>84</sup> El cauce procesal será el juicio ordinario de conformidad con lo dispuesto en el art. 249.1.2º de la LECiv/2000, a tenor del cual, se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como las que pidan la tutela civil de cualquier otro derecho fundamental (excepción hecha de las que se refieran al derecho de rectificación), al tiempo que precisa que será siempre parte el Ministerio Fiscal y que su tramitación será preferente, dando así satisfacción a las exigencias constitucionales de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad para la tutela de los derechos fundamentales ex art. 53.2 de la CE<sup>84</sup>. Frente a este parecer, el Auto de la AP de Cádiz, Secc. 7ª, de 30 de enero de 2004 [AC 2004\635], revocando el Auto dictado por el JPI núm. 4 de Algeciras, consideró que las acciones ejercitando acciones indemnizatorias con fundamento en lo dispuesto en el art. 19 de la LOPDCP han de tramitarse por el procedimiento que corresponda –verbal u ordinario– según la cuantía que sea objeto de reclamación y ello en virtud de la remisión que realizar el propio art. 19 de la LOPDCP a la jurisdicción ordinaria, frente a lo que sucede en aquellos supuestos en los que se ejercita una acción con fundamento en la previsiones de la LO 1/1982.

Derecho han considerado que se ampara el reconocimiento de la competencia de la jurisdicción social para conocer de aquellos supuestos en los que la acción de responsabilidad civil sea ejercitada por un trabajador frente al empresario o empleador en el marco de la relación laboral que les vincula (*ex arts. 25 de la LOPJ y 2.b) de la LJS/2011*). En efecto, estos autores afirman con rotundidad la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones ejercitadas por un trabajador que considere vulnerado su derecho a la autodeterminación informática<sup>85</sup>.

La indemnización puede reclamarse ante cualquier responsable o encargado del tratamiento que, como consecuencia de una infracción del RGPD en el tratamiento de los datos personales, cause un daño o perjuicio material o extrapatrimonial al interesado, resultando de aplicación la regla de la solidaridad entre los múltiples responsables que hayan podido concurrir a la causación del daño, de conformidad con la previsión del Considerando 146 del RGPD, a tenor del cual si los responsables o encargados participan en el mismo tratamiento, cada responsable o encargado debe ser considerado responsable de la totalidad de los daños y perjuicios. Con la finalidad de garantizar que el interesado que haya sufrido un daño sea indemnizado, el art. 82.4 del RGPD prescribe que cuando haya varios responsables o encargados del tratamiento o también cuando un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento sean responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado. Sin perjuicio de esta responsabilidad solidaria, como es propio de este tipo de responsabilidad, en el ámbito de la relación interna, el responsable o el encargado que pague una indemnización total tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados (*ex art. 82.5 del RGPD*).

## 10.2. Criterios jurisprudenciales sobre el derecho a la indemnización

El art. 82.1 del RGPD ampara la aplicación, también en este ámbito de la responsabilidad civil, del principio general constituido por la reparación integral del daño causado, si se quiere que cumpla su prístina función reparadora<sup>86</sup>, siendo indemnizables tanto los daños pa-

<sup>85</sup> Entre otros, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *Relaciones laborales*, T. I, 1994, pg. 534; THIBAUT ARANDA, J.: «El Derecho español», en *Tecnología informática y privacidad de los trabajadores* (M. JEFFERY / J. THIBAUT / Á. JURADO, COORDS.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pgs. 91 y 92. Con carácter general, *vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, C.: *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. M. Pons, Madrid, 2019, pgs. 237 y ss.

<sup>86</sup> Se trata, en efecto, de un principio vigente en la generalidad de los Ordenamientos jurídicos europeos, aunque no indiscutible desde una perspectiva estrictamente teórica. Entre otras muchas resoluciones del orden



trimoniales, como los daños morales o extrapatrimoniales que haya podido sufrir el perjudicado<sup>87</sup>. En este sentido, el Considerando 146 del RGPD afirma que *el responsable o el encargado del tratamiento debe indemnizar cualesquiera daños y perjuicios que pueda sufrir una persona como consecuencia de un tratamiento en infracción del presente Reglamento*. Este precisión no resulta especialmente relevante en un sistema de daños como el español en el que resulten resarcibles todos los daños, de acuerdo con la premisas propias de un sistema atípico de derechos e intereses legítimos indemnizables, alcanzando su virtualidad en sistemas u ordenamientos caracterizados por la tipicidad de los derechos e intereses jurídicamente protegidos resarcibles a través del instrumento de la responsabilidad civil extracontractual, así como en sistemas también atípicos, como es el caso del Derecho italiano, en el que se restringe o limita el daño extrapatrimonial susceptible de resarcimiento.

El referido Considerando 146 del RGPD indica que, en orden a la determinación de la indemnización del perjudicado por una actuación lesiva con ocasión del tratamiento de datos personales imputable habrá que atender a la jurisprudencia del TJUE. La STS de 210/2016, de 5 de abril [RJ 2016\1006] recuerda que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico<sup>88</sup> y, por otra parte, son numerosas las Sentencias de la misma Sala de lo Civil en las que, a propósito de la lesión del derecho al honor derivada de la indebida inclusión en un registro de morosos, señalan que la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó al perjudicado la inclusión en los registros de morosos (v.gr. STS 261/2017, de 26 de abril [RJ 2017\1737]).

Por otra parte, conforme a los criterios generales de articulación de la indemnización en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, han de tenerse en cuenta, por un lado, los daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables; pero también, en su caso, los extrapatrimoniales o morales derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional, de cuantificación estimativa. Así, de conformidad con lo que resulta de los apartados 4 y 5 del F.D. 5º de la STS 81/2015, de 18 de febrero [RJ 2015\574], el perjuicio indemnizable ha de incluir el daño patrimonial, y en él, tanto los daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables (por ejemplo, el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros), como los daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está

---

jurisdiccional contencioso-administrativo que afirman la vigencia de este principio, *vid.*, SSTS (Sala 3ª) de 5 de abril de 1989 [RJ 21989\816], de 18 de julio de 1989 [RJ 1989\5836], de 15 de octubre de 1990 [RJ 1990\8127], de 4 de mayo de 1995 [RJ 1995\4210], de 30 de junio de 1999 [RJ 1999\6336] y 84/2020, de 27 de marzo [RJ 2020\35126] y ATS (Sala 3ª) de 3 de febrero de 1984 [RJ 1984\1021]; y, en la jurisdicción civil, v.gr., SSTS, Sala 1ª, 50/2020, de 22 de enero [RJ 2020\61] y ATS de 20 de febrero de 2019 [JUR 2019\72037]

<sup>87</sup> En este sentido, por todos, GRIMALT SERVERA, P.: «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de datos personales* (APDC), *op. cit.*, pg 360.

<sup>88</sup> El motivo por el cual el TS declara la inadmisibilidad de estas indemnizaciones simbólicas radica en que con este tipo de indemnizaciones «se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1 y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego» (cfr. SSTS de 12 de diciembre de 2011 [RJ 2012\35] y de 4 de diciembre de 2014 [RJ 2014\6360]). En esencia, la interdicción de las indemnizaciones simbólicas tiene que ver esencialmente con el especial valor que tienen los derechos fundamentales que son objeto de tutela en estos casos. La trascendencia de estos derechos es el factor que impide que su lesión se pueda indemnizar con una suma meramente simbólica o de carácter irrisorio.

destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos) y también los daños derivados del desprestigio y del deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa. En efecto, la indemnización también ha de resarcir el daño moral, entendido como aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como es en este caso la dignidad. La determinación de la cuantía de la indemnización por estos daños morales ha de ser también estimativa.

Las dificultades inherentes a la valoración del daño moral o extrapatrimonial resultan evidentes<sup>89</sup>. Por esta razón y por la identidad de naturaleza de los derechos lesionados, se ha postulado la aplicación analógica a este supuesto de los criterios de valoración del daño moral contemplados en el inciso final del art. 9.3 de la LO 1/1982 y en el párrafo segundo del mismo precepto –similares a los criterios contemplados en el párrafo 2º del art. 140 del TRLPI para la valoración del daño moral derivado de la infracción de los derechos protegidos por esta norma- y que habrán de ser tenidos en cuenta por el Juzgador a estos efectos: las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida -a cuyos efectos resulta relevante la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido-, así como el beneficio que, en su caso, haya obtenido el causante de la lesión. En este orden de consideraciones, sin mayores precisiones, *v.gr.*, la SAP de Barcelona, Secc. 1ª, de 13 de mayo de 2005 [AC 2005\990], en un supuesto en el que se ventilaba una acción de responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor de la actora como consecuencia de su inclusión indebida en un fichero de solvencia patrimonial, le concedió una indemnización que cifra en 3.000,00 € (la actora había solicitado 18.000,00 €, si bien, fundamentalmente a efectos de imposición de las costas procesales del procedimiento –*ex art.* 394.1 de la LECiv-, se consideró estimada íntegramente la demanda<sup>90</sup>) y ello únicamente sobre la consideración de la poca difusión acreditada de los hechos y de que la exacta valoración de la indemnización es una cuestión sometida al criterio discrecional del órgano jurisdiccional. La aplicación de los criterios de cuantificación del daño moral que contempla el art. 9.3 de la LO 1/1982 se justifica en algunas resoluciones jurisprudenciales sobre el fundamento de la infracción del derecho al honor que es objeto de tutela por aquella Ley, cuando ésta traiga causa de la infracción de la normativa de datos personales. Así sucede, *v.gr.*, en la SAP de Madrid, Secc. 19ª, de 20 de diciembre de 2004 [EDJ 2004\246333], en cuyo F.D. 2º se precisa que la inclusión indebida de los datos personales de la actora en un fichero de solvencia patrimonial es una infracción del derecho al honor de aquélla en una de sus manifestaciones o aspectos más delicados y prestigiosos del tráfico, cual

<sup>89</sup> Pueden verse, entre otros, GÓMEZ POMAR, F. y PENALVA ZUASTI, J.: «Capítulo II. Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (Análisis económico del Derecho)», en *El daño moral y su cuantificación* (F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA, DIRS.), Ed. Bosch, Barcelona, 2017 (2ª edic.), pgs.73 y ss.; HERRÁN ORTIZ, A. I.: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos personales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pg. 258.

<sup>90</sup> Con todo, el plausible criterio sostenido por la SAP de Barcelona, Secc. 1ª, de 13 de mayo de 2005 [AC 2005\990] a efectos de imposición de las costas procesales derivadas de la tramitación del procedimiento, no puede considerarse generalizado, sirviendo como ejemplo de doctrina contradictoria, la SAP de Toledo, Secc. 2ª, de 12 de julio de 2004 [EDJ 2004\81704], en la que no se imponen las costas procesales a ninguna de las partes procesales, en tanto que se estimaba la demanda pero se condena a la entidad demandada a pagar al actor la suma 3.005,60 €, cuando se habían solicitado 18.030,36 €.

es el crédito comercial, con menoscabo de su fama y que no se produce al amparo de la LOP-DCP, sino de la LO 1/1982, de 5 de mayo. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que los daños morales o extrapatrimoniales incluyen los daños “*consistentes en la afectación de la dignidad en su aspecto interno o subjetivo*” reconducibles a lo que doctrinalmente se denominan daños morales objetivos o daños funcionales; los daños derivados de la lesión del honor en su aspecto “*externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas*” y los consistentes en el “*quebranto y la angustia*”, derivados de la inclusión en el registro negativo de solvencia patrimonial, que no son otra cosa que los habitualmente denominados o conocidos como daños morales puros o *pecunia doloris*». Estos último son daños especialmente difíciles de probar y de cuantificar y, en esta labor el respeto al principio de igualdad debe jugar un papel importante (daños de este tipo se intentaron probar sin éxito en el caso resuelto, *v.gr.*, por la STS de 12 de mayo de 2015 [RJ 2015\2027]).

A efectos de calcular o cuantificar la indemnización derivada de daño moral se ha propuesto también la utilización analógica de las cuantías previstas para las sanciones administrativas que pueden imponerse al responsable del tratamiento de los datos en función de cuál haya sido el comportamiento del que se ha derivado el daño para el interesado y cuyo resarcimiento se pretende (*ex art.* 83 del RGPD, en relación con el art. 76 de la LOPDPGDD)<sup>91</sup>. La aceptación de este último criterio choca, sin embargo, con las distintas funciones y principios que inspiran el instituto de la responsabilidad civil y el instituto de la infracción y la sanción administrativa careciendo el primero, con carácter general, en el marco del Ordenamiento jurídico español de una función punitiva, que es propia del segundo y correspondiéndole una función prístinamente reparadora, sin perjuicio de que de ella puedan derivarse, como corolarios, funciones de prevención.

Por otra parte, procede recordar que, sin perjuicio de la adopción de medidas tendentes a evitar la reiteración del daño en el futuro –la cesación de las conductas lesivas-, la doctrina ha considerado la posibilidad de que el fallo de la Sentencia que estime la acción de responsabilidad civil ejercitada por el perjudicado establezca otras medidas de reparación distintas a la indemnización o compensación pecuniaria –formas de reparación no pecuniarias que se reputan como especialmente idóneas para la reparación del daño no patrimonial<sup>92</sup>- como pueden ser la rectificación de la información, la cesación en la utilización del fichero de datos personales objeto de tratamiento –que puede adoptarse cautelarmente con fundamento en el art. 727.11 de la LECiv y cumpliéndose los requisitos contemplados en los arts. 728 y concordantes de la Ley procesal civil (se trata de una media prevista expresamente en el art. 59 de la LOPDPGDD, para el caso de tratamientos contrarios a las previsiones del RGPD, que puede ser adoptada en el seno del procedimiento sancionador, por la propia AEPD<sup>93</sup>)- o la publicación de la sentencia (aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 9.2 de la LO

<sup>91</sup> En este sentido, RUIZ CARRILLO, A.: *Los datos de carácter personal (Concepto, requisitos de circulación, procedimientos y formularios)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pgs. 36 y 37; *ibidem*, *La protección de los datos de carácter personal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pg. 109.

<sup>92</sup> *Vid.*, entre otros, SALVI, C.: *La responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milán, 1998, pgs. 233 a 237.

<sup>93</sup> Además de la imposición de sanciones pecuniarias (multas) al autor / responsable de la infracción administrativa, de acuerdo con el art. 76.3 de la LOPDPGDD, a tenor de la previsión del art. 58.2 del RGPD, la AEPD puede adoptar otras medidas complementarias, como la consistente en imponer una limitación temporal o definitiva del tratamiento, incluida su prohibición (apartado f), «ordenar la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento» (apartado g) u «ordenar la suspensión de flujos hacia un destinatario situado en un tercer país o hacia una organización internacional» (apartado j).

1/1982)<sup>94</sup>. Sin embargo, esta interpretación plausible choca con el tenor literal del 92 del RGPD –en este sentido similar a los derogados arts. 19.1 de la LOPDCP y 17.3 de la LORTAD- rubricado precisamente *derecho a la indemnización y responsabilidad*» y en el que se otorga a los interesados que hayan experimentado un perjuicio, un *derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos*», a diferencia, *v.gr.*, del término *reparación*» del daño que se utiliza en el art. 1902 del CC y en el que se comprende tanto la *reparación in natura*», como la *reparación mediante equivalente pecuniario*; todo ello sin perjuicio del ejercicio del derecho de rectificación en Internet que establece el art. 85 de la LOPDPGDD.

## 11 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Conocido es que tanto el Derecho previo a la entrada en vigor del RGPD, como el resultante de éste, contemplan la concurrencia de la tutela pública y privada de los derechos fundamentales y subjetivos que se pretenden proteger con la normativa reguladora del tratamiento de datos personales: los derechos fundamentales a la intimidad y a la privada, así como el derecho específico a la protección de los datos personales reconocido, de manera expresa, por los arts. 18.4 de la CE, 16.1 del TFUE y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>95</sup>. Esta doble tutela parece desprenderse del art. 79.1 del RGPD, en tanto que dispone que *sin perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, incluido el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control en virtud del artículo 77, todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales*». Sin perjuicio de que, en hipótesis, el precepto pueda dejar abierta la posibilidad de que las normas nacionales atribuyan a las autoridades administrativas de control el conocimiento de las reclamaciones indemnizatorias<sup>96</sup>, lo que sí es claro es que contempla la

<sup>94</sup> En este sentido se pronuncia GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, *op. cit.*, pg. 338.

<sup>95</sup> La protección reforzada del derecho a la protección de los datos personales ha sido objeto de reiterado reconocimiento por la jurisprudencia del TJUE, *v.gr.*, Sentencias de 20 de mayo de 2003 (asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01), de 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06) y de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15).

<sup>96</sup> Acaso proceda recordar que la atribución de facultades de reconocimiento de indemnizaciones de daños y perjuicios a cargo de un sujeto privado y a favor de otro a una autoridad administrativa no es algo ajeno a nuestro Derecho. Sirva a estos efectos como significativo ejemplo el art. 48 del TRLGDCU, rubricado *«Reposición de la situación alterada por la infracción e indemnización de daños y perjuicios»*. Este precepto trae causa de la idea suscitado por algunos autores y por el Consejo Económico y Social de España en su Informe sobre «los derechos del consumidor y la transparencia de mercado», aprobado en su sesión plenaria de 17 de febrero de 1999, de la bondad de atribuir a los órganos administrativos de consumo competencias para liquidar daños y perjuicios ocasionados a los consumidores y usuarios por empresarios o profesionales como consecuencia de infracciones de normas propias del Derecho de consumo. En este sentido se han pronunciado, CARRASCO PERERA, Á.: *El Derecho de consumo en España: Presente y futuro*, Ed. INC, Madrid, 2002, pgs. 293 a 295; CORDERO LOBATO, E.: «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos», *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla – La Mancha, enero de 2003. Sobre el art. 48 del TRLGDCU, *vid.*, entre otros, VELASCO CABALLERO, F.; DÍEZ SASTRE, S. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B.: «Comentario del artículo 48 del TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, COORD.), Ed.

existencia de una protección jurídico-pública del derecho a la protección de los datos personales, junto con una protección jurídico-privada vinculada a la lesión de este derecho.

La cuestión fundamental que suscita esta doble tutela de los derechos vinculados a los datos personales de la persona física radica en determinar si el ejercicio de una acción de responsabilidad civil por parte del interesado perjudicado –el titular de los datos personales– requiere un previo pronunciamiento de la autoridad administrativa de protección de datos personales, en tanto que, como se ha señalado *supra* §.6, el presupuesto objetivo de la responsabilidad civil en que pueden incurrir el responsable y/o el encargado de tratamiento está constituido por la concurrencia de una conducta infractora de la normativa de protección de datos personales. El art. 42 de la LECiv permite argumentar una respuesta negativa, en tanto que prevé que los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles pueden conocer de asuntos que están atribuidos a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>97</sup>. En relación con esta cuestión, la derogada LOPDCP resolvió, de modo definitivo y adecuado, la duda que suscitaba el art. 17 de la LORTAD al regular en un mismo precepto y de manera conjunta la tutela de los derechos de los interesados que se atribuía a la AEPD y el derecho a la indemnización que se otorgaba a los interesados<sup>98</sup>. La previsión formalmente separada de la tutela de los derechos de los interesados frente a actuaciones contrarias a lo dispuesto en la LOPDCP que se atribuye a la Agencia –sin perjuicio de la virtualidad de las reclamaciones que se ejerciten ante ella en orden a obtener determinadas medidas e incluso pronunciamientos que puedan esgrimirse a modo de prueba en la jurisdicción civil– y el derecho a la indemnización, en los arts. 18 y 19 de la LOPDCP, respectivamente, parece haber resuelto definitivamente aquella cuestión de un modo acorde con los principios generales del Ordenamiento jurídico español.

En el mismo sentido y manteniendo la respuesta argumentada en el régimen jurídico previo a la entrada en vigor del RGPD y de la LOPDPGDD, la ya citada STS de 210/2016, de 5 de abril [RJ 2016\1006] –confirmando la SAP Barcelona, Secc. 16ª, 364/2014, de 17 julio [AC 2014\1661]– recuerda que el perjudicado por un tratamiento ilícito de sus datos personales puede dirigirse frente a la AEPD, denunciado la infracción administrativa –y exigir, acumuladamente, que se le reponga en el ejercicio de los derechos que respecto de sus datos personales le reconoce el Derecho, de conformidad con las previsiones de los arts. 19 y 77 del RGPD–

---

Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (2ª edic.), pgs. 604 y ss. Sin embargo, este no es el sistema acogido en el ámbito de los daños ocasionados por el ilícito tratamiento de datos personales, como han precisado, *v.gr.*, las Resoluciones de la AEPD R/03002/2017, de 15 de noviembre y R/00606/2016, de 9 de septiembre; así como las SSAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de octubre de 2008 [RJCA 2009\310] y 248/2015, de 24 de marzo [JUR 2015\179600].

<sup>97</sup> En este sentido puede verse, *v.gr.*, la SAP A Coruña, Secc. 4ª, 164/2003, de 12 de junio [AC 2003\1756].

<sup>98</sup> En este sentido, expresamente, VIZCAÍNO CALDERÓN, M.: «Comentario al artículo 19 de la LOPDCP», *op. cit.*, pg. 225. Sobre el texto de la derogada LORTAD, GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, *op. cit.*, pgs. 306 y 307. En este mismo contexto normativo (vigencia del art. 17 de la LORTAD) afirmaba categóricamente que, como presupuesto previo, toda acción de reparación de daños y perjuicios debería ser sustanciada ante la Agencia de Protección de Datos, incluso cuando se trate de daños derivados de ficheros de titularidad privada, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. Mª: *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pgs. 51 y 52.

La tesis que se sostiene es compartida en otros Ordenamientos jurídicos comparados, como es el caso, *v.gr.*, del italiano en el que el organismo equivalente a la Agencia de Protección de Datos, denominado «Garante», con fecha 26 de octubre de 1999, ha rechazado un recurso ejercitado por un particular que pretendía el resarcimiento del daño que había sufrido como consecuencia del tratamiento ilícito de sus datos personales, declarando expresamente su incompetencia para conocer de esta cuestión, recordando que las pretensiones de esta naturaleza deben ser ejercitadas ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

, así como ejercitar una acción indemnizatoria frente al responsable o frente al encargado del tratamiento autores del tratamiento ilícito, no exigiendo la acción civil, como requisito o presupuesto de la misma la formulación de la denuncia administrativa, sino: (1) la concurrencia de un incumplimiento de la normativa reguladora de la protección de datos personales imputable al responsable o al encargado de tratamiento, sin que resulte preciso que este incumplimiento o la infracción de la normativa reguladora del tratamiento de datos personales haya sido declarada por la autoridad administrativa y, en particular, por la AEPD, de manera que los Tribunales civiles, a estos efectos, son plenamente competentes para valorar y calificar la existencia de una conculcación de la normativa relativa a la protección de datos personales<sup>99</sup>; y, (2) que al referido incumplimiento pueda vincularse causalmente el daño o perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

## ■ CONCLUSIONES

De lo expuesto en los apartados que anteceden, pueden derivarse las conclusiones que siguen en relación con el régimen de responsabilidad civil aplicable a los daños y perjuicios ocasionado como consecuencia del tratamiento de datos personales:

I) Cuando los datos personales se han tratado infringiendo el RGPD o la normativa de Derecho nacional, el interesado –titular de los datos personales objeto de tratamiento ilícito– podrá dirigirse a los tribunales del orden jurisdiccional civil para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales (económicos) y morales o extrapatrimoniales que, en su caso, haya sufrido.

II) La acción indemnizatoria ejercitada ante los órganos jurisdiccionales civiles (o, en su caso, del orden social -si media una relación laboral entre el agente infractor y el titular de los datos personales perjudicado-) es independiente de la tutela administrativa que se impetere ante las autoridades administrativas competentes en materia de protección de datos, sin que

---

<sup>99</sup> La posibilidad de seguir un procedimiento administrativo sancionador y, de manera coetánea, un procedimiento de naturaleza civil con finalidad indemnizatoria o resarcitoria, ha sido admitida expresamente, *v.gr.*, por las SSTs 307/2014, de 4 de junio [RJ 2014\3020] y 671/2014, de 19 de noviembre [RJ 2014\5956]. En sentido contrario a lo afirmado en el texto puede constatarse algún pronunciamiento jurisdiccional aislado, como es el caso, *v.gr.*, de la SAP Madrid, Secc. 13ª, 37/2007, de 6 de febrero [AC 2007\1017], confirmada por la STS 592/2011, de 12 de septiembre [RJ 2011\7380]. En la doctrina sostienen el mismo parecer que se defiende en el texto, *v.gr.*, BUSTO LAGO, J.M.: «La responsabilidad civil de los responsables de ficheros de datos personales y de los encargados de su tratamiento», *Aranzadi Civil*, núm. 5, junio de 2006, pgs. 45 y 46; PUYOL MONTERO, J.: «Comentario al artículo 19 de la LOPDP», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (A. TRONCOSO REIGADA, Ed.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010, pg. 1269; VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «Daños causados por el incumplimiento de la ley en el tratamiento de datos personales. Concordancias, discordancias y concurso de normas», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 112, enero-febrero de 2013, pgs. 4 y 5; y, RUBÍ PUIG, A.: «Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de Datos y otras acciones en el Derecho español», *DPyC*, núm. 34, 2019, especialmente las pgs. 215 y ss.

exista prejudicialidad contencioso-administrativa, pudiendo, a efectos de la acción civil de naturaleza indemnizatoria, calificar la infracción de la normativa reguladora de la protección de datos personales, que se erige en presupuesto objetivo necesario para la estimación de aquélla.

**III)** La concurrencia de una conducta infractora de la normativa reguladora del tratamiento de datos personales es la conducta antijurídica que se erige en presupuesto de la estimación de la pretensión indemnizatoria, de manera que el consentimiento del titular de los datos personales se erige como la más relevante causa de justificación determinante de la exoneración de la responsabilidad civil del responsable o del encargado del tratamiento.

**IV)** En cuanto a la legitimación activa, al margen de los supuestos de acciones colectivas, de naturaleza indemnizatoria, ejercitadas en el caso de que los perjudicados tengan la condición de consumidores o usuarios, esta legitimación es individual.

**V)** El responsable y el encargado del tratamiento tendrán que indemnizar al interesado, salvo que demuestren que no son responsables de los daños y perjuicios, en cuyo caso quedarán exentos de la misma. El sistema de responsabilidad civil en materia de protección de datos personales es un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa (esta conclusión es aplicable también a la regulación brasileña fruto de la LGPD de 2018). La responsabilidad civil en el caso de concurrencia de una pluralidad de sujetos responsables es solidaria.

**VI)** Los daños indemnizables son tanto los patrimoniales (sean éstos concretos o difusos, como los derivados del tratamiento de *big data* y la segmentación del mercado de determinados bienes y productos de consumo), como los de naturaleza extrapatrimonial, vinculados a lesiones de los derechos fundamentales a la protección de datos personales, al derecho al honor y a la intimidad personal.

## REFERÊNCIAS

ABERASTURI GORRIÑO, U. El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013 (págs. 173 a 206).

ÁLVAREZ HERNANDO, J. Análisis jurídico de la acción de reclamación de una indemnización por haber sufrido daños y perjuicios derivados de una infracción en materia de protección de datos. Estudio de art. 82 del RGPD», en <https://www.ac-abogados.es>, 28 de enero de 2019.

BIURRUM, F.J. "Accountability" o responsabilidad activa en el Reglamento General de Protección de Datos», *AJA*, núm. 927, 25 de febrero de 2017.

BODIN DE MORAES, M<sup>ª</sup>C.; DE QUEIROZ, J.Q. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD», en *Cadernos Adenauer*, Vol. 3 (*Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico*), Ed. Fundação Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 2019 (pgs. 113 a 135).

BUSTO LAGO, J.M. La responsabilidad civil de los responsables de ficheros de datos personales y de los encargados de su tratamiento», *Aranzadi Civil*, núm. 5, junio de 2006 (pgs. 15 a 53).

BUSTO LAGO, J.M. El deber de evaluar la solvencia del consumidor de crédito como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento y su regulación en España», en *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad* (M. CARBALLO FIDALGO, COORD.), Ed. J.M<sup>ª</sup> Bosch, Barcelona, 2019 (pgs. 21 a 63).

BUSTO LAGO, J.M. Protección de datos personales y responsabilidad civil», en *Derecho de Daños 2020*, Ed. Lefebvre, Madrid, 2020 (pgs. 443 a 512).

BUTTARELLI, G. *Banche dati e tutela della riservatezza (La privacy nella Società dell'Informazione)*, Giuffrè Editore, Milán, 1997.

CUENA CASAS, M. Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2019.

DA SILVA LIMA, H. Responsabilidade civil objetiva, subjetiva ou proativa? Pela Lei Geral de Proteção de Dados e suas implicações: contexto brasileiro», *Revista Jurídica de Daños*, núm. 24, diciembre de 2021.

DÍAZ ALABART, S. *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Ed. Reus, Madrid, 2020.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Á.M. *La contratación del Cloud Computing*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

ELGUERO MERINO, J.M<sup>ª</sup>: El seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales», en *RRCyS*, núm. 28, 2008 (pgs. 47 a 80).

GARCÍA GARNICA, M<sup>ª</sup> C. La protección de los datos personales frente a su tratamiento on-line tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea (Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute)* (A. RUDA GONZÁLEZ y C. JEREZ DELGADO, Dirs.), Ed. Sepin, Madrid, 2017 (pgs. 543 a 561).



- GARCÍA PÉREZ, C.L. Intromisión ilegítima en el derecho al honor y protección de datos. Especial referencia a su afectación por ingreso en registros de moroso», en *Daño, responsabilidad y seguro* (M.J. HERRADOR GUARDIA, DIR.), Ed. Lefebvre – El Derecho, Madrid, 2016 (pgs. 621 a 725).
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P. Bases de datos y confidencialidad en Internet», en *El comercio electrónico* (J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, COORD.), EDISOFER, S.L., Madrid, 2001.
- GIL MEMBRADO, C. *Privacidad y turismo: perfil del turista, big data y plataformas colaborativas*, Ed. Reus, Madrid, 2019.
- GRIMALT SERVERA, P. *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- GRIMALT SERVERA, P. Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de datos personales* (APDC), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (pgs. 309 a 371).
- LAFUENTE TORRALBA, A.J. Acciones colectivas, protección de datos y redes sociales: reflexiones al hilo de un reciente pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo», en *Acciones colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (T. ARMENTA DEU y D. PEREIRA PUIGVERT, COORDS.), Ed. M. Pons, Madrid, 2018 (pgs. 355 a 369).
- LIM YEE FEN, H. The data protection paradigm for the tort of privacy in the age of big data» (2015) 27 *SAC LJ* (pgs. 789 a 821).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N. Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *DPyC*, núm. 35, 2019 (pgs. 169 a 212).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N. El conflicto entre el derecho al olvido y la libertad de información de la prensa contenida en hemerotecas», *DPyC*, núm. 34, 2019 (pgs. 51 a 95).
- MERCELLIN, S. y SEMIK, J. La responsabilité des traitements de données partagées dans un groupe», en *Le RGPD*, Ed. Dalloz - Grand Angle, París, 2018.
- NÚÑEZ GARCÍA, J.L. Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento», en *Tratado de protección de datos* (A. RALLO LOMBARTE, DIR.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (pgs. 351 a 386).
- OTERO CRESPO, M. La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, núm. 4, octubre-diciembre de 2019 (pgs. 89 a 133).
- PARRA MEMBRILLA, L. Precios a medida para los consumidores: la consecuencia del Big Data», en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 12 de febrero de 2020.
- PEÑA LÓPEZ, F. Daños al honor. Intromisión ilegítima por inclusión indebida de datos en un fichero de morosos. Criterios de determinación del daño resarcible. Indemnizaciones simbólicas: comentario a la STS de 21 septiembre 2017 (RJ 2017\4056)», *CCJC*, núm. 106, 2018 (pgs. 225 a 238).
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.): *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016.
- PUYOL MONTERO, J. Comentario al artículo 19 de la LOPDP», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (A. TRONCOSO REIGADA, ED.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010 (pgs. 1263 a 1285).

RABIN, R. L. *Perspectives on Privacy, Data Security, and Tort Law*», 66 *De Paul Law Review*, 2017; disponible en <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol66/iss2/2>.

RODRÍGUEZ AYUSO, J.F. *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, JM<sup>º</sup> Bosch Editor, Barcelona, 2019.

ROSELLÓ RUBERT, F.M<sup>º</sup>: *Cloud Computing. Régimen jurídico para empresarios*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

RUBÍ PUIG, A. Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 4, octubre-diciembre de 2018 (pgs. 53 a 87).

RUBÍ PUIG, A. Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de Datos y otras acciones en el Derecho español», *DPyC*, núm. 34, 2019 (pgs. 197 a 232).

RUDA GONZÁLEZ, A. Indemnización por daños al derecho al olvido. La responsabilidad por la no exclusión de la indexación de una hemeroteca digital por los buscadores generales (Caso El País). Comentario a la Sentencia de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417)», en *CCJC*, núm. 101, 2016 [BIB 2016\4040].

RUIZ CARRILLO, A. *Los datos de carácter personal (Concepto, requisitos de circulación, procedimientos y formularios)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

RUIZ CARRILLO, A. *La protección de los datos de carácter personal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

SAN MARTÍN ARIAS, I. *Protección de datos en el crédito al consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA RAMOS, F.J. *El encargado independiente. Figura clave para un nuevo Derecho de protección de datos*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

TEPEDINO, G.; TERRA, A. de M.; GUEDES, G.S. da C. *Fundamentos de direito civil: teoria geral do direito*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020.

VALLE, L.; RUSSO, B.; BONZAGNI, D. y LOCATELLO, D.M<sup>º</sup>: *Struttura dei contratti e trattamento dei dati personali nei servizi di cloud computing alla luce del nuovo reg. 2016/679 UE*», *Contratto e impresa*, 1/2018 (pgs. 343 a 406).

VAN ALSENOY, B. *Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation*», *JIPITEC*, 2016 (3) (pgs. 271 a 288).

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. Daños causados por el incumplimiento de la ley en el tratamiento de datos personales. Concordancias, discordancias y concurso de normas», *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 112, enero-febrero de 2013 (págs. 18 a 34).

VELA TORRES, P. J. (Coord.): ¿Qué tipo de responsabilidad puede derivarse de la filtración a terceros no autorizados de datos confidenciales que figuran en la historia clínica de un paciente?», *Encuesta jurídica Sepin*, octubre de 2019 [SP/DOCT/82956].

VIZCAÍNO CALDERÓN, M. Comentario al artículo 19 de la LOPDCP», *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Ed. Cívitas, Madrid, 2001.

ZHU, B. A traditional tort for a modern threat: applying intrusion upon seclusion to dataveillance observations», 89 *N.Y.U.L. Rev.* 2381, diciembre de 2014.

ZUNÓN VILLALOBOS, M. La garantía civil de la privacidad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2013 (págs. 153 a 181).



# COMPREENDENDO A DECADÊNCIA DEMOCRÁTICA MULTIDIMENSIONAL: LIÇÕES DECORRENTES DA ASCENSÃO DE JAIR BOLSONARO NO BRASIL

UNDERSTANDING MULTI-DIMENSIONAL DEMOCRATIC DECAY: LESSONS FROM THE RISE OF JAIR BOLSONARO IN BRAZIL

TOM GERALD DALY\*

Tradução: RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL\*\* | ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS\*\*\*

## RESUMO

Em 28 de outubro de 2018, o candidato de extrema-direita Jair Bolsonaro venceu as eleições presidenciais no Brasil com 55% dos votos. Esse resultado tem sido visto por muitos analistas como mais um exemplo da ascensão global de líderes populistas autoritários, colocando Bolsonaro ao lado de Viktor Orbán, da Hungria, Recep Tayyip Erdoğan, da Turquia, Narendra Modi, da Índia, ou Donald Trump, dos EUA – de fato, Bolsonaro foi apelidado de “Trump dos Trópicos”. O foco em Bolsonaro reflete a forte ênfase no Poder Executivo dada por uma literatura em rápida expansão, que sugere o surgimento de uma nova forma de pretensão líder autocrata oriundo de eleições democráticas, mas que, ao longo do tempo, esvazia os governos democráticos. No entanto, este artigo argumenta que, muito além de Bolsonaro, a experiência brasileira é um importante estudo de caso, pois induz à reflexão sobre três proposições fundamentais. Primeiro, qualquer análise da democracia liberal como objeto de ataque deve ser altamente consciente do “ponto de partida” democrático e da história do próprio Estado. Em segundo lugar, o foco excessivo em ataques liderados pelo Executivo ao regime democrático pode impedir uma análise mais completa de um amplo conjunto de atores e fatores relevantes para a saúde (declinante) do sistema democrático. Terceiro, o autoritarismo é uma lente analítica mais apropriada que o populismo para identificar potenciais ameaças democráticas, especialmente no contexto brasileiro.

**Palavras-chave:** Democracia; Autoritarismo; Populismo; Decadência Democrática; Brasil

## ABSTRACT

On 28 October 2018 the far-right candidate Jair Bolsonaro won the presidential elections in Brazil with 55% of the vote. This result has been viewed by many as yet another instance of the global rise of authoritarian populist leaders, grouping Bolsonaro alongside the likes of Hungary's Viktor Orbán, Turkey's Recep Tayyip Erdoğan, India's Narendra Modi, or Donald Trump in the USA – indeed, Bolsonaro has been dubbed the “Trump of the Tropics”. The focus on Bolsonaro himself reflects the strong emphasis on executives in a rapidly expanding literature suggesting the emergence of a new form of would-be autocrat who is democratically elected but who hollows out democratic rule over time. However, this article argues that, far beyond Bolsonaro, the Brazilian experience is an important case-study as it prompts reflection on three fundamental propositions. First, any analysis of liberal democracy as the perceived object of attack must be highly cognisant of the democratic ‘starting point’ and history of a given state. Second, an excessive focus on executive-led assaults on democratic rule can impede fuller analysis of a broader suite of actors and factors relevant to the (declining) health of the democratic system. Third, authoritarianism is a more appropriate analytical lens than populism for identifying potential democratic threats, especially in the Brazilian context.

**Keywords:** Democracy; Authoritarianism; Populism; Democratic Decay; Brazil.

\* Doutor em Direito pela University of Edinburgh (Escócia). Professor Associado e Deputy Director da Melbourne School of Government (University of Melbourne, Austrália).

*thomas.daly@unimelb.edu.au*

\*\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor Adjunto da UFRS.

*rafaelcabral@ufersa.edu.br*

\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto da UFRS.

*ulisses.reis@ufersa.edu.br*

Recebido em 5-2-2022 | Aprovado em 5-2-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota dos tradutores:** originalmente, o texto foi publicado na Língua Inglesa e a tradução para Língua Portuguesa foi autorizada pelo Autor e pelos Editores. O texto original pode ser acessado aqui: Daly, Tom Gerald. "Understanding Multi-directional Democratic Decay: Lessons from the Rise of Bolsonaro in Brazil" The Law & Ethics of Human Rights, vol. 14, no. 2, 2020, pp. 199–226. <https://doi.org/10.1515/lehr-2020-2014>. As palavras-chave foram elaboradas pelos tradutores.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO:** Bolsonaro e a narrativa global da decadência democrática; **1. A ESTRUTURA CONCEITUAL DA DECADÊNCIA DEMOCRÁTICA;** A. Definindo uma Democracia Liberal como o objeto de ataque; B. Populismo como uma estrutura conceitual insuficiente; C. Foco excessivo nos Executivos? **2. DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO E CRISE 1985-2016;** A. A complexa relação do Brasil com o regime democrático; B. A crise do *impeachment*; **3. O GOVERNO TEMER 2016-2018;** A. Ausência de qualquer ‘plano de mestre’ claro para dismantlar a democracia; B. Simplesmente uma continuação de padrões existentes?; C. Ataques às Estruturas da Democracia Constitucional Liberal?; D. Decadência da Substância da Democracia Constitucional Liberal?; **4. A VITÓRIA DE BOLSONARO NAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2018;** A. A expressa hostilidade de Bolsonaro à democracia liberal e a ascensão do ‘bolsonarismo’; B. O retorno dos militares ao poder; C. Integridade Eleitoral e Controle Popular; **CONCLUSÃO: REFLETINDO SOBRE AS LIÇÕES DO CONTEXTO BRASILEIRO.**

### ■ INTRODUÇÃO: Bolsonaro e a narrativa global da decadência democrática

Em 28 de outubro de 2018, o candidato de extrema-direita Jair Bolsonaro venceu as eleições presidenciais no Brasil com 55% dos votos. Esse resultado tem sido visto por muitos como mais um exemplo da ascensão global de líderes populistas autoritários, agrupando Bolsonaro ao lado de Viktor Orbán, da Hungria, Recep Tayyip Erdoğan, da Turquia, Narendra Modi, da Índia, ou Donald Trump, dos EUA – de fato, Bolsonaro foi apelidado de “Trump dos Trópicos”.<sup>2</sup> O foco no próprio Bolsonaro reflete a forte, e compreensível, ênfase dada ao Poder Executivo por uma literatura em rápida expansão, apontando o surgimento de uma nova forma híbrida de autocrata, que é eleito democraticamente, mas que abandona as regras democráticas ao longo do tempo. No entanto, este artigo argumenta que, muito além de Bolsonaro, a experiência brasileira é um importante estudo de caso, pois induz à reflexão sobre três proposições fundamentais. Primeiro, qualquer análise da democracia liberal como objeto de ataque deve ser altamente consciente do “ponto de partida” democrático e da história do próprio Estado democrático. Em segundo lugar, um foco excessivo em ataques liderados pelo Executivo ao regime democrático pode impedir uma análise mais completa de um amplo conjunto de atores e fatores relevantes para a saúde (declinante) do sistema democrático. Terceiro, o autoritarismo é uma lente analítica mais apropriada que o populismo para identificar potenciais ameaças democráticas, especialmente no contexto brasileiro.

Uma série de advertências e notas sobre o argumento principal são necessárias aqui. Para os propósitos deste artigo, não é necessário que o leitor aceite a afirmação de que a democracia liberal está sob ataque em todo o mundo: é suficiente aceitar que há uma percepção clara de que esse é o caso em uma ampla variedade de países, algo percebido em múltiplas disciplinas acadêmicas, por formuladores de políticas públicas e políticos, além de

<sup>2</sup> ‘Jair Bolsonaro: Brazil's firebrand leader dubbed the Trump of the Tropics’. BBC News, 31 December 2018. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-45746013>.

comentaristas da mídia.<sup>3</sup> Este artigo fala sobre essa percepção, como ela é articulada e as evidências e os indícios utilizados pelos analistas para apoiarem suas visões. Esse texto também argumenta que a eleição de Bolsonaro marca não o início de uma crise democrática para o Brasil, mas a pontua e intensifica um processo de decadência democrática que afeta o sistema democrático do país há algum tempo, que envolve muitos atores e é mais difuso do que uma simples ação do Executivo. Além disso, é enfatizado aqui que se deve evitar as tentações polares do alarmismo instintivo ou da resposta complacente de que “todas as democracias são imperfeitas” ao analisar formas difusas de decadência democrática: em vez disso, deve-se seguir as evidências, analisar características importantes da história do Estado democrático, e abordar as questões de grau, simultaneidade e reforço mútuo de fatores que, juntos, podem trabalhar para privar a democracia liberal de seus fundamentos institucionais e sociológicos.

O artigo está organizado em cinco partes. A primeira analisa criticamente os principais aspectos das estruturas conceituais que se desenvolveram para compreender a deterioração da democracia liberal, incluindo definições de democracia liberal e um foco excessivo no populismo e nos Executivos. A segunda etapa fornece uma breve visão geral das complexidades do regime democrático no Brasil e como a esperançosa transição democrática da década de 1980 culminou na crise democrática com o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, em 2016. A terceira parte examina o governo Temer (pós-Dilma Rousseff) e o sistema democrático mais amplo a partir de 2016-2018, por meio da estrutura analítica da decadência democrática. A quarta parte aborda a vitória de Bolsonaro nas eleições presidenciais como decorrência de uma mistura da intensificação de múltiplas crises democráticas de longa data e mudanças importantes no sistema político, destacando sua antipatia de longa data à democracia liberal e a ascensão concomitante de um grande partido político de direita acoplado à sua imagem, a eleição de um grande número de candidatos militares para cargos políticos, sérias questões sobre a integridade do sistema eleitoral e a meta-tendência mais ampla de contornar o controle popular por múltiplos dispositivos e processos. A conclusão reflete brevemente sobre as lições a serem extraídas da experiência brasileira.

## 1 A ESTRUTURA CONCEITUAL DA DECADÊNCIA DEMOCRÁTICA

Conforme relatado em um artigo recente, mapeando pesquisas sobre a deterioração incremental da democracia liberal em todo o mundo,<sup>4</sup> houve uma rápida expansão da literatura, em diversas disciplinas acadêmicas (assim como em comentários políticos e da mídia),

<sup>3</sup> Ver, ainda, P Norris & R Inglehart, *Cultural Backlash: Trump, Brexit and the Rise of Authoritarian Populism* (Cambridge University Press, 2019); W Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown: Freefall 2015-2018* (Oxford University Press, 2019); A Huq and T Ginsburg, *How to Save a Constitutional Democracy* (University of Chicago Press, 2018); Y Mounk, *The People Versus Democracy: The Rise of Undemocratic Liberalism and the Threat of Illiberal Democracy* (Harvard University Press, 2018); S Levitsky & D Ziblatt, *How Democracies Die: What History Reveals About Our Future* (Penguin, 2018); J Goldberg, *Suicide of the West: How the Rebirth of Tribalism, Populism, Nationalism, and Identity Politics is Destroying American Democracy* (Penguin Random House, 2018); KL Scheppele, 'Autocratic Legalism' (2018) 85 *The University of Chicago Law Review* 545; L Diamond, 'Facing Up to the Democratic Recession' (2015) 26(1) *Journal of Democracy* 141; Freedom House, *Democracy in Crisis. Freedom in the World* (2018); and 'How Viktor Orban hollowed out Hungary's democracy' *The Economist* 29 August 2019.

<sup>4</sup> TG Daly, 'Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field' (2019) 11 *Hague Journal on the Rule of Law* (2019) 9.

que, apesar da diversidade de análises e estruturas conceituas, pode ser caracterizada como voltada para o mesmo objetivo: entender o que é visto como um novo modo dominante pelo qual a democracia liberal é ameaçada. Em vez da comum “morte rápida” da democracia de ontem por meio de um golpe de estado, revolução, ou invasão estrangeira, os analistas argumentam que as democracias de hoje sofrem uma “morte lenta”, mais sutil, principalmente por meio das ações de um Executivo democraticamente eleito.<sup>5</sup> Uma categorização resumida desse fenômeno percebido como “decadência democrática” pode ser definida como a degradação incremental das estruturas e da substância da democracia constitucional liberal.

“Incremental” refere-se ao sutil e continuado esvaziamento da governança democrática. Huq e Ginsburg usam a analogia do “sapo fervendo”: como um sapo sentado em água fervente não reconhece que está em perigo até que seja tarde demais, as ameaças contemporâneas à democracia, geralmente, não são óbvias até que estejam bem avançadas. O desenvolvimento da decadência democrática e o desafio de categorização que ela representa também é capturado pelo experimento mental do filósofo Derek Parfit sobre transformação, que questiona: se um cientista começasse a substituir suas células pelas de Greta Garbo aos trinta anos, uma depois da outra, em que momento você deixaria de ser você e passaria a ser ela? Este é o impulso central do pensamento contemporâneo sobre como a democracia constitucional liberal é distorcida para uma forma não democrática, sem nenhum ponto crítico que galvanize ações corretivas.<sup>6</sup>

'Estruturas', na curta definição acima, refere-se à caracterização dominante das ameaças democráticas de hoje, utilizadas por Bermeo e outros como “engrandecimento do executivo”, sugerindo que sua característica central é “o (pelo menos inicialmente) incremental, mas sistêmico desmantelamento dos mecanismos de verificação que as constituições da democracia liberal tipicamente colocam em prática para assegurar a responsabilização do executivo político”<sup>7</sup>. O foco principal, então, está no surgimento de uma forma de autocrata híbrido, que é democraticamente eleito e que externamente professa adesão ao regime democrático, mas que é visto como alguém que enfraquece a democracia liberal ao longo do tempo. Alguns estudiosos propõem uma sequência clara de “manual” de manobras que foram seguidas em países como Venezuela, Turquia, Hungria e Polônia: o pretense autocrata primeiro diminui as dimensões liberais do sistema, principalmente os poderes de *accountability* das instituições, por meio de reformas constitucionais, leis, ou métodos legais ou ilegais (por exemplo, colocando seus aliados para atuar como juízes nos tribunais; aprovando leis para aumentar o controle do governo sobre o Judiciário, mídia e *ombudsman*; viabilizando aquisições de empresas de mídia independente por seus parceiros econômicos; impondo obrigações onerosas a ONGs ou estabelecendo ONGs falsas), quando também minam o núcleo do próprio regime democrático ao diminuir o funcionamento do sistema eleitoral por meio de vários dispositivos (por exemplo, *gerrymandering*<sup>8</sup>, alteração do registro de eleitores). Essa dimensão da literatura de decadência democrática é coberta por uma variedade de conceitos irmãos que surgiram quase simultaneamente, como “constitucionalismo abusivo”, “legalismo

<sup>5</sup> Ver as indicações nas notas 3 e 4.

<sup>6</sup> Ver D Parfit, *Reasons and Persons* (Oxford University Press, 1984).

<sup>7</sup> T Khaitan, ‘Executive aggrandizement in established democracies: A crisis of liberal democratic constitutionalism’ (2019) 17(1) *International Journal of Constitutional Law* 342, 343.

<sup>8</sup> *Gerrymandering*, referente ao sistema do voto distrital, quando há alteração/manipulação dos limites territoriais que afetam os locais de votação dos eleitores [Nota dos Tradutores].

autocrático”, “captura constitucional”, “retrocesso constitucional” e “democratic backsliding”.

O termo “substância” refere-se aos “assuntos leves”, às normas da governança democrática, incluindo: a disposição dos atores políticos de “jogar pelas regras do jogo” e agir (e ser visto como agindo) no interesse público; um aumento do hiperpartidarismo e do “jogo duro constitucional” (táticas mais agressivas para lidar com a oposição); uma aceitação da legitimidade fundamental da oposição política; princípios compartilhados de discurso político e valores democráticos (por exemplo, de civilidade); e a fé pública nas instituições e nas próprias regras democráticas. Em essência, um foco na substância gera uma visão mais ampla das ameaças potenciais ao governo democrático que podem ser feitas por outros atores além do Executivo, focando no sistema político mais amplo, nas atitudes públicas e na sociedade em geral. Essa dimensão da decadência democrática é coberta por conceitos como deterioração constitucional, decadência constitucional e desconsolidação democrática.<sup>9</sup>

Até o momento, a literatura nessa área concentrou-se fortemente em um pequeno número de países: Hungria, Polônia, Venezuela e EUA. Os três primeiros são apresentados como instâncias paradigmáticas do cenário do ‘plano de mestre’, em que um Executivo democraticamente eleito trabalhou para impedir o funcionamento do sistema democrático por meio de uma sequência clara de manobras. Nas evidências apresentadas pelos estudiosos da decadência democrática, os EUA se enquadram em uma categoria diferente: apesar de todas as manchetes geradas pelos atos do governo Trump, ele não conseguiu nada comparável às suas contrapartes húngara, polonesa e venezuelana, ao menos no que diz respeito aos ataques às instituições democráticas: os tribunais permanecem independentes e funcionais; há uma oposição política forte e ativa; a mídia permanece livre; e as avenidas para protesto e mobilização popular continuam abertas. Embora os ataques estruturais ao sistema eleitoral, tais como o *gerrymandering* e a privação de direitos dos eleitores, tenham se acelerado no nível estadual, é no que diz respeito à substância democrática que as preocupações têm sido mais agudas, incluindo: a deslegitimação das instituições democráticas em vez de sua captura; a ruptura de convenções políticas previamente aceitas e normas de comportamento político; e a polarização do eleitorado. Onde a análise (especialmente a feita pela mídia) do contexto dos EUA falhou reside num certo nível de falsa equivalência, equiparando a retórica problemática do Presidente Trump contra os tribunais, por exemplo, com as claras mudanças estruturais feitas no Judiciário da Polônia e da Hungria, que diminuíram sua independência. Esse risco analítico também se aplica ao Brasil e a discussão abaixo busca distinguir claramente entre retórica, evidência e percepção para obter uma imagem precisa e matizada do sistema democrático.

#### A. Definindo uma Democracia Liberal como o objeto de ataque

Como definimos a democracia liberal como o objeto de ataque a ser investigado? A maioria dos estudiosos da decadência democrática, como Huq, Ginsburg e Scheppele, emprega variantes do termo “democracia constitucional liberal”, definindo a “verdadeira” governança democrática como um sistema que, no mínimo, inclui direitos políticos fundamentais

<sup>9</sup> Ver Daly, nota 4.



para o processo democrático (por exemplo, liberdades de expressão e de associação), um sistema eleitoral independente e funcional e o 'Estado de Direito' (um termo altamente contestado, mas amplamente definido por Huq e Ginsburg como um regime de direito baseado na estabilidade, previsibilidade e publicidade).<sup>10</sup> Scheppele fala também de democracia 'auto-sustentável', conceituando-a como aquela que requer, em sua essência, a proteção da máquina institucional para eleições livres e justas, evitando assim o entrenchamento antidemocrático de uma força política no poder, mas também, em sua forma complexa, um amplo conjunto de arranjos institucionais adicionais, como “uma mídia pluralista, uma gama de partidos efetivos, um judiciário independente, o reconhecimento de uma oposição legítima e leal, funcionários eleitorais neutros, um sistema de representação que não se dilui indevidamente a poderes de certos grupos, serviços de polícia e segurança legalmente responsáveis, bem como uma sociedade civil livre e ativa – todos os quais merecedores de proteção constitucional”.<sup>11</sup>

Três observações-chave podem ser feitas sobre essa conceituação de regime democrático. Em primeiro lugar, parte-se do princípio de que o constitucionalismo democrático e o constitucionalismo normativo podem ser conciliados, ou mesmo conceitualmente entrelaçados, com as dimensões liberais do sistema que impedem os governos de fechar canais de prestação de contas e a possibilidade de serem destituídos do poder. Em segundo lugar, essa conceituação do núcleo do regime democrático ressoa fortemente com o campo de pesquisa da consolidação democrática, o qual, a partir da década de 1970, se concentrou no que poderia ser considerado essencial para 'consolidar' as democracias em Estados pós-autoritários e elaborar ferramentas analíticas para determinar quando essa consolidação havia sido alcançado; nesse ponto, deu-se ênfase em evidências empíricas como duas ou mais transferências pacíficas de governo e o conjunto básico de pré-requisitos institucionais identificados acima, bem como uma avaliação mais ampla sobre se a democracia se tornou “*the only game in town*”.<sup>12</sup>

Por extensão, uma terceira observação é que qualquer análise da democracia liberal como objeto de ataque deve ser altamente consciente do “ponto de partida” democrático e da história de um determinado país, o que muitas vezes está ausente nas análises existentes. Em particular, distinções importantes podem ser feitas entre democracias liberais há muito estabelecidas e democracias mais jovens. Por exemplo, os EUA têm um *pedigree* democrático que remonta a séculos (mesmo se aceitarmos a visão de que os EUA só se tornaram uma democracia liberal plena com a aprovação das reformas dos direitos civis na década de 1960<sup>13</sup>), enquanto a Polônia fez a transição do regime comunista para a democracia eleitoral 30 anos atrás. Mais importante, além das distinções (contestadas) que os cientistas políticos traçam entre democracias liberais não consolidadas, consolidadas e mais avançadas, é fazer uma distinção entre Estados que já experimentaram um regime autoritário total (por exemplo, Alemanha e Brasil) e aqueles que nunca experimentaram tal modo de governo (por exemplo, novamente, os EUA; embora países como os EUA tenham experimentado 'enclaves autoritários' na forma de governos de determinado partido com alta tendência de manipulação

<sup>10</sup> Huq and T Ginsburg, *id.* at 108.

<sup>11</sup> Scheppele, ver nota 3, 558.

<sup>12</sup> Ver o resumo dessa literatura em TG Daly, *The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders* (Cambridge University Press, 2017) pp.36-42.

<sup>13</sup> A Stepan, 'India, Sri Lanka, and the Majoritarian Danger' (2015) 26(1) *Journal of Democracy* 128, 128–129.

eleitoral, em nível estadual<sup>14</sup>); entre democracias que vivenciaram o autoritarismo há relativamente pouco tempo (por exemplo, Brasil, Polônia, Espanha e Coreia do Sul) e aqueles cujas experiências autoritárias estão mais distantes do passado (por exemplo, Alemanha e Japão); ou entre tipos de governo autoritário e os traços profundos que podem deixar no sistema e na cultura políticos. Por exemplo, uma ditadura militar pontual e de curta duração, provavelmente, deixará menos marca na ordem constitucional e política do que uma sucessão de ditaduras militares ou o papel tutelar exercido longevamente por militares, como o Brasil experimentou. A forma de transição do regime anterior não democrático para o democrático também pode ser importante (por exemplo, se administrado por poderes autoritários, resultado de uma revolução, curta ou prolongada).

É claro que as democracias pós-autoritárias, apesar de lidarem com um passado complexo, tendem, após a transição democrática, a buscar um senso de 'normalidade democrática', e pode parecer estranho afirmar que o Brasil ainda está sofrendo um conturbado processo de democratização 45 anos após a lenta transição democrática que começou em 1974, ou seja, 34 anos após o retorno às eleições presidenciais livres e justas ocorridas em 1985. No entanto, ao verificar se um determinado país pode estar sofrendo decadência democrática, é vital apreciar sua história democrática – sem cair na armadilha de caracterizar os desenvolvimentos atuais como um simples retorno ao *status quo ante* ou como, de alguma forma, um processo de consolidação democrática ao contrário: assim como a Polônia hoje não voltou ao comunismo, nem outro golpe militar pode ser visto como a única, ou mesmo principal, ameaça à democracia no Brasil de hoje.

## B. Populismo como uma estrutura conceitual insuficiente

O populismo geralmente aparece como a estrutura conceitual dominante para se tentar entender as ameaças contemporâneas à democracia liberal.<sup>15</sup> No entanto, pode-se argumentar que o autoritarismo fornece uma lente de análise mais adequada para identificar potenciais ameaças democráticas, especialmente no Brasil. Sem voltar a um amplo debate em andamento sobre os méritos gerais de se empregar o termo populismo como um conceito, basta observar que: o populismo é comumente usado de maneira inutilmente vaga e pode degenerar numa abrangente alcunha para todos os “políticos de quem não gostamos”; nem todos os populistas são autoritários (estudiosos como Rob Howse argumentam que alguns “bons” populistas são democratas comprometidos focados em alcançar uma governança mais inclusiva para todos); e que há muitas variantes de atores autoritários que não são populistas – atores militares, por exemplo, ou atores poderosos da elite econômica, figuras religiosas e assim por diante. O populismo autoritário é certamente um conceito central para discutir a ascensão de líderes de Orbán a Modi e Trump, à medida em que capturam a divisão da sociedade em um povo 'verdadeiro' e elites corruptas e fora de alcance, seu modo de mensagens políticas, uma insistência de que a soberania popular e a regra da maioria são a base válida da

<sup>14</sup> Ver R. Daniel Kelemen, 'Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union' (2017) 52(2) *Government and Opposition* 211, 214ff.

<sup>15</sup> See Alonso Casanueva Baptista & Raul A. Sánchez-Urribari, 'Why 'populism(s)''? (2018) 149(1) *Thesis Eleven* 3.

autoridade política; e uma hostilidade aos mecanismos de fiscalização sobre o Poder Executivo, sejam internos (*e.g.*, tribunais) ou externos (*e.g.*, organizações internacionais) – e seu recurso comum à retórica nativista, ao medo e aos valores autoritários que minimizam a importância do indivíduo, colocando a primazia em um sociedade ordenada e em estrita conformidade com as normas convencionais nas esferas da família, da religião e dos papéis de gênero (mesmo quando eles não se conformam a esses ideais). No entanto, para outros países, como a Turquia ou o Brasil, o quadro é ainda mais complexo, até pela história e experiência recente de intervenção militar na política.

Em geral, ao se empregar o populismo como estrutura conceitual dominante para analisar a possível decadência democrática no Brasil, corre-se o risco de alcançar apenas uma explicação parcial ou distorcida de seu sistema democrático. Por exemplo, é tentador caracterizar a intensificação das crises democráticas no Brasil como decorrentes de uma luta entre duas formas de populismo: um populismo econômico de esquerda, de 2003-2016, sob os Presidentes Lula e Dilma, e um populismo econômico de direita encarnado na política de dois sucessores de Dilma, os Presidentes Temer e Bolsonaro. No entanto, os governos Lula-Dilma não foram populistas em aspectos fundamentais: não se engajaram na linguagem divisora do “nós contra eles” ou se concentraram nas atividades das elites; fizeram questão de respeitar a independência das instituições (*accountability*), como os tribunais; e, apesar dos principais programas sociais, diferentemente da Venezuela sob Chávez e Maduro, a marca registrada de suas políticas macroeconômicas era a continuidade com as dos governos anteriores.<sup>16</sup> Como discutido abaixo, Temer certamente não era um populista, insistindo que sua impopularidade era a chave para alcançar as principais reformas de austeridade. Bolsonaro se encaixa melhor no molde de um populista autoritário, mas é mais bem descrito como algo que se parece com um autoritário clássico no melhor estilo garantidor da 'lei e ordem': não apenas conservador, mas também vocal sobre sua antipatia à democracia, às minorias e à necessidade de regras fortes em um país 'ingovernável'.

De fato, embora os estudos e comentários brasileiros sobre a crise democrática nacional usem regularmente o populismo como conceito, é revelador que um livro recente em língua portuguesa sugira que o impulso autoritário na sociedade e na política brasileiras não é simplesmente populista, mas está profundamente enraizado em sua história de escravidão, governança racista e dominada por homens, 'mandonismo' (poder oligárquico e personalizado), patrimonialismo (onde todo poder flui do líder), corrupção, desigualdade social, violência e intolerância.<sup>17</sup>

Uma vantagem final de se concentrar mais diretamente no autoritarismo é orientada para o futuro: ele fornece uma lente melhor para refletir sobre onde pode estar o ponto final da crise democrática em andamento. A maioria dos estudiosos vê a principal transformação das democracias ameaçadas de hoje, como a Hungria, não como autoritarismo absoluto, mas como um estado "híbrido" que combina elementos de regime democrático (*e.g.*, eleições) com elementos de regime autoritário (*e.g.*, concentração excessiva de poder no governo); embora países como a Venezuela sejam vistos como tendo atingido o estágio do autoritarismo “duro”. Novamente, conforme discutido abaixo, o quadro no Brasil parece mais complexo.

<sup>16</sup> Luís Bogliolo, 'Law, Neoliberal Authoritarianism, and the Brazilian Crisis' (2019) 7 *Third World Approaches to International Law Review* 3, 5.

<sup>17</sup> Lilia Moritz Schwarcz, *Sobre o autoritarismo brasileiro* (Companhia das Letras, 2019).

### C. Foco Excessivo nos Executivos?

A discussão acima nos leva à terceira proposição-chave: um foco excessivo em ataques liderados pelo Executivo ao regime democrático pode impedir uma análise mais completa de um conjunto mais amplo de atores e fatores relevantes para a saúde (declínio) do sistema democrático. Fica claro a partir da discussão acima que há uma forte ênfase em Executivos na literatura existente. De fato, estudiosos como Wojciech Sadurski expressamente evitam o uso de rubricas como 'deterioração constitucional' ou 'decadência democrática' com base no fato de que elas "não fazem justiça à energia, entusiasmo e projetos" do Executivo errante.<sup>18</sup> Essa abordagem tem duas conotações. Primeiro, atribui ao Executivo uma intenção específica de atacar a ordem constitucional e pode tender a retratar um fenômeno unidirecional no qual o Executivo é a fonte dominante (ou mesmo única) do problema e outras instituições são alvos. Segundo, também tende a colocar o Executivo como impulsionador não apenas de ataques direcionados a determinadas instituições democráticas, mas também de fenômenos sociais mais amplos. Um grupo de estudiosos, por exemplo, sugeriu recentemente que o aumento da polarização não decorre de qualquer clivagem política ou social subjacente em particular, mas das "estratégias polarizadoras" de "empreendedores políticos" que buscam fins políticos explorando queixas existentes e mobilizando eleitores com discurso divisivo e demonizador. Os oponentes tendem a reagir com táticas semelhantes, criando, assim, um círculo vicioso. Nessa visão, o esvaziamento da democracia liberal não acontece de maneira similar a um processo natural: ele é estimulado, planejado e impulsionado por atores específicos.

Os Poderes Executivos são inegavelmente importantes nesses processos. Conforme discutido abaixo, as preocupações no Brasil, desde 2018, se concentram em Bolsonaro empurrando o país para a autocracia e a presença sem precedentes de militares em seu governo. No entanto, um foco analítico indevidamente centrado na ação executiva pode nos cegar para outras causas de preocupação: não apenas em relação a um golpe militar em potencial, mas a um padrão complexo e multidimensional pelo qual uma série de atores se uniram – embora não inteiramente por *design* – operados para minar o funcionamento e a fé no sistema democrático desde a restauração do regime democrático, em 1985. Em seu extremo, algo assim pode nos levar a concluir que, na ausência de uma ação direcionada do Executivo para desativar aspectos do sistema democrático, há pouco para se preocupar.

## 2 DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO E CRISE 1985-2016

Esclarecido o terreno conceitual acima, as três partes a seguir fornecem um relato da decadência democrática multidimensional no Brasil. Essa primeira seção começa com uma visão geral da complexa relação entre governo autoritário e democrático no Brasil e da esperançosa transição para a democracia, em 1985, antes de abordar como este progresso democrático significativo (ainda que não linear) culminou na crise do *impeachment* de 2016. As duas

<sup>18</sup> Sadurski, indicado na nota 3, p. 12.

últimas partes abordam a curta duração do governo Temer e a ascensão e o sucesso eleitoral de Bolsonaro, em 2018.

## A. A complexa relação do Brasil com o regime democrático

Para entender a democracia e o constitucionalismo no Brasil, é fundamental compreender que o país tem oscilado entre os regimes democrático e autoritário ao longo do século XX. O governo oligárquico, durante a Primeira República (1889-1930), foi substituído pela revolução que gerou a Segunda República (1930-1937). Uma nova Constituição foi promulgada, em 1934, seguida por um golpe de estado que consolidou o poder do Presidente Getúlio Vargas, o qual, por meio da 'concessão' pessoal deu uma nova Constituição, em 1937, e liderou o semifascista Estado Novo ('*New State*') (1930-1945). O desenvolvimento político do Estado borrou as linhas entre governo democrático e autoritarismo: Vargas foi inicialmente levado à presidência pelos militares, após o golpe, e governou como ditador de 1937 a 1945. No entanto, ele voltou a governar como presidente eleito constitucionalmente no início da década de 1950 (1951-1954)<sup>19</sup>, durante o frágil período democrático de 1945-1964, que introduziu outra Constituição, em 1946.

Um novo golpe militar ocorreu, em 1964, para combater o que os militares viam como a invasão da subversão comunista do Presidente João Goulart, o que levou a duas décadas de regime militar direto e repressão sistemática que deixou 10.000 cidadãos brasileiros em exílio, mais de 500.000 indivíduos 'presos, banidos, exilados, afastados de cargos públicos, forçados a se aposentar, processados ou indiciados,'<sup>20</sup> quase 500 mortos<sup>21</sup> e centenas de pessoas 'desaparecidas' pelo regime.<sup>22</sup> Duas constituições autoritárias, adotadas em 1967 e 1969, transformaram a repressão na lei suprema enquanto procuraram manter uma aparência externa de regime democrático. A 'abertura' política, iniciada em 1974, introduziu uma transição prolongada para o regime civil administrado pelos militares<sup>23</sup> e apoiada, em particular, por uma ampla anistia no espírito da reconciliação - a Lei de Anistia, de 1979, que fundamentou o projeto democrático num certo ato de esquecer os piores excessos da ditadura militar.

A nova Constituição democrática, de 1988 (a sétima da história brasileira), consagrou um conjunto de arranjos institucionais liberais democráticos clássicos, incluindo a separação de poderes e uma série de direitos civis e políticos, mas também incluiu um rol de direitos sociais e econômicos, um forte foco na justiça social e uma tendência para uma ordem econômica dirigista. A retórica de ruptura com o passado não impediu a continuidade institucional com um presidente forte e não fez nenhum expurgo de juízes do Supremo Tribunal Federal. O progresso democrático não foi linear: apesar da melhoria significativa, nos anos 2000, avaliações matizadas tendiam a ver o processo de democratização do Brasil como assimétrico, com a persistência de sérias desigualdades e a ilegalidade e a violência piorando à medida que

<sup>19</sup> Ver E Bradford Burns, *A History of Brazil* (3rd edn, Columbia University Press, 1993) 346–7.

<sup>20</sup> G Mezarobba, 'Between Reparations, Half Truths and Impunity: The Difficult Break with the Legacy of the Dictatorship in Brazil' (2010) 13 *SUR – International Journal on Human Rights* 7, 10.

<sup>21</sup> D Politi, 'Uncomfortable Truths' *New York Times* 28 September 2012. [http://latitude.blogs.nytimes.com/2012/09/28/brazils-truth-commission-gets-to-work/?\\_r=0](http://latitude.blogs.nytimes.com/2012/09/28/brazils-truth-commission-gets-to-work/?_r=0).

<sup>22</sup> Mezarobba, ver a nota de rodapé 20, p. 14.

<sup>23</sup> Ver, por exemplo, N Schneider, 'Impunity in Post-Authoritarian Brazil: The Supreme Court's Recent Verdict on the Amnesty Law' (2011) 90 *European Review of Latin American and Caribbean Studies* 39, 40–1.

o período democrático avançava.<sup>24</sup> Já em 2000, 15 anos após a transição, Prillaman, por exemplo, lamentou a ‘decadência democrática’ (seu termo) e a desilusão pública causada pelo Judiciário “falido” do Brasil, tido como corrupto e ineficiente, totalmente irresponsável e não sujeito a qualquer controle externo sobre seu poder:

Nos níveis estadual e federal, o Brasil demonstrou declínio da confiança nos tribunais [em 1999], aumento do cinismo sobre a democracia e o estado de direito, uma maior tolerância à justiça vigilante, um endurecimento das atitudes públicas que refletiam uma quase completa falta de fé no judiciário e sentimentos proeminentes de que a democracia não era uma melhoria real em relação ao regime autoritário.<sup>25</sup>

No entanto, do ponto de vista atual, é fácil esquecer que, apesar dos principais desafios, o Brasil era cada vez mais visto como uma estrela democrática em ascensão. Depois de uma série de governos de centro-direita nas décadas de 1980 e 1990, o Partido dos Trabalhadores – PT, sigla socialdemocrata, sob Luís Inácio ‘Lula’ da Silva, chegou à presidência pela primeira vez, em 2003. Nos anos 2000, uma forte narrativa foi desenvolvida acerca de um novo Brasil cujos “ganhos sociais e econômicos impressionantes” (incluindo o pagamento do Bolsa Família, que tirou milhões de pessoas da pobreza<sup>26</sup>) e uma liderança diplomática e política ambiciosa estava em vias de reformular o país como uma potência global,<sup>27</sup> com Lula, em particular, presidindo o país com boas perspectivas econômicas devido, em maior parte, ao *boom* global de commodities. Com múltiplas transferências pacíficas de poder, respeito significativo por órgãos de responsabilização independentes, imprensa livre e respeito aos direitos democráticos fundamentais, o Brasil era visto como consolidado nos termos da consolidologia.<sup>28</sup> Os debates centrais se concentraram em preocupações democráticas ‘normais’, comuns a outras democracias, como o crescente poder do Supremo Tribunal Federal.<sup>29</sup> No entanto, a partir de 2010 a economia começou a entrar em sérias dificuldades e as fragilidades do sistema democrático tornaram-se mais visíveis.

## B. A crise do *impeachment*

A presidente Dilma Rousseff foi eleita, em outubro de 2010, após os dois mandatos presidenciais de Lula (desde 2003), mas enfrentou forte declínio no crescimento econômico na segunda metade de seu primeiro mandato. Em julho-agosto de 2013, os primeiros protestos em massa eclodiram em todo o país, revelando claramente a insatisfação pública generalizada com o sistema político brasileiro, abrangendo reivindicações da esquerda contra a desigualdade socioeconômica duradoura, a infelicidade da classe média e da elite com a demo-

<sup>24</sup> Ver, e.g., P Kingstone, ‘Democratic Brazil Revisited’ (University of Pittsburgh Press, 2008).

<sup>25</sup> WC Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law* (Greenwood Publishing Group, 2000) 76.

<sup>26</sup> Ver OECD Economic Surveys: Brazil 2013 (OECD Publishing, 2013) 79ff.

<sup>27</sup> Julia E. Sweig, ‘A New Global Player: Brazil’s Far-Flung Agenda’ (2010) 89 *Foreign Affairs* 173.

<sup>28</sup> C Schneider, *The Consolidation of Democracy: Comparing Europe and Latin America* (Routledge, 2008).

<sup>29</sup> O Vilhena Vieira, ‘Supremocracia’ (2009) 8 *Revista Direito GV* 441.

cratização do poder público e o ‘radicalismo’ percebido do governo de Dilma Rousseff, e lamentando universalmente a corrupção endêmica.<sup>30</sup> Enquanto isso, as ações judiciais contra a corrupção – que faziam parte da chamada Operação Lava Jato – começaram, em 2014, a atingir e ameaçar políticos em todo o governo e no Congresso, com graves escândalos políticos, incluindo a denúncia de suborno na estatal petrolífera Petrobras.

Embora Dilma Rousseff tenha sido reeleita para um segundo mandato nas eleições de outubro de 2014, sua vitória se deu por uma margem estreita: 51,6% dos votos contra 48,4% do candidato de centro-direita, Aécio Neves. Subsequentes protestos em massa, em março e abril de 2015, em vez de envolver todos os estratos da sociedade, expressaram a indignação das classes instruídas de direita – uma pesquisa indicou que 82% dos manifestantes votaram em Neves, em 2014.<sup>31</sup> Bem-preparados e fortalecidos pela eleição do Congresso mais conservador desde o retorno ao regime democrático, em 1985, esses protestos visavam diretamente Dilma Rousseff e seu governo, abrindo um canal para os principais atores políticos buscarem sua remoção.

Esse é o pano de fundo do processo de *impeachment*, em agosto de 2016. Em dezembro de 2015, após nada menos que 34 tentativas frustradas de iniciar o processo de *impeachment* no início do segundo mandato de Dilma, uma iniciativa foi aprovada por Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados. Os fundamentos do *impeachment* centraram-se não no tipo de suborno e outras acusações de corrupção contra políticos nas investigações da Operação Lava Jato, mas nas acusações de que o governo Dilma Rousseff teria praticado ‘pedaladas fiscais’ (manipulação de contas fiscais para encobrir *déficits* orçamentários), uma prática comum de sucessivos governos anteriores.

O processo de *impeachment* se destacou por irregularidades processuais e pela intervenção solicitada ao Supremo Tribunal Federal em vários intervalos para obter correções procedimentais. Esses episódios incluíram dois julgamentos, ocorridos em dezembro de 2015, suspendendo a criação de uma comissão especial de *impeachment* sob o fundamento de que o voto secreto utilizado para eleger seus membros era contrário tanto ao Regimento Interno da Câmara quanto às regras constitucionais, que exigiam a eleição da comissão por voto aberto, e afirmando o poder do Senado para rejeitar o processo de *impeachment*, mesmo que aprovado pela Câmara. Uma nova comissão de *impeachment* publicou seu relatório recomendando a condenação de Dilma, em 6 de abril de 2016. O Supremo Tribunal Federal rejeitou o pedido de Dilma para suspender o processo de *impeachment*, em 15 de abril. Em 26 de abril, foi eleita uma comissão especial de *impeachment* no Senado, com 21 membros, a maioria do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que havia rompido sua coalizão com o PT (da presidente Dilma) no mês anterior. Após o julgamento no Senado Federal, na última semana de agosto, presidido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, a decisão de *impeachment* foi aprovada, em 31 de agosto.

### 3 O GOVERNO TEMER 2016-2018

<sup>30</sup> Ver, e.g., A Saad Filho, ‘The Mass Protests in Brazil in June-July 2013’ *Global Research Project* 15 July 2013 [www.globalresearch.ca/the-mass-protests-in-brazil-in-june-july-2013/5342736](http://www.globalresearch.ca/the-mass-protests-in-brazil-in-june-july-2013/5342736).

<sup>31</sup> J Zaiden Benvindo, ‘The Mass Protests of March and April 2015 in Brazil: A Continuation of June 2013?’ *Int’l J. Const. L. Blog* 29 April 2015 <http://bit.ly/2satl1b>.

O vice-presidente Michel Temer foi imediatamente instalado como substituto de Dilma Rousseff, mas a crise, em vez de se dissipar, se agravou. Uma contestação significativa cercou a iniciativa do novo governo de implementar na Constituição um pacote de austeridade fiscal, por meio da chamada PEC 55 (Proposta de Emenda Constitucional), que efetivamente congelou os gastos públicos anuais, em termos reais e nos níveis de 2016, pelos próximos vinte anos. O governo Temer conseguiu aprovar no Congresso, confortavelmente, outras reformas, como a trabalhista e sindical, em abril de 2017, com novos planos para abordar a reforma da previdência e o salário-mínimo. No entanto, ele lutou para aprovar reformas previdenciárias centrais e o movimento de austeridade foi recebido com forte oposição, principalmente com a primeira greve geral no Brasil por mais de duas décadas, em abril de 2017.<sup>32</sup>

Em 2017, o Presidente, os seus ministros e os líderes políticos da campanha pelo *impeachment* pareciam cada vez mais vulneráveis. Em abril de 2017, um tribunal federal condenou Eduardo Cunha, um dos líderes da pressão no Congresso pelo *impeachment* de Dilma Rousseff, a mais de 15 anos de prisão por corrupção. No mesmo mês, uma pesquisa mostrou a aprovação pública do governo Temer em 9%.<sup>33</sup> Em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal ordenou investigações adicionais de corrupção contra 98 políticos, incluindo um terço do gabinete ministerial. No fim de maio, Temer autorizou o Exército a se deslocar para Brasília enquanto uma grande massa de manifestantes, com dezenas de milhares de pessoas, marchou em direção ao Congresso para exigir sua renúncia. No entanto, diante de severas críticas, no dia seguinte, ele revogou seu decreto executivo, algo que daria ao Exército poderes de emitir ordem de prisão por uma semana.<sup>34</sup> Em meio a especulações de golpe militar, o comandante do Exército usou o Twitter para tranquilizar o público: “nossa democracia não está em perigo”.<sup>35</sup> O evento marcou o retorno dos militares à vanguarda da política brasileira.

No início de junho de 2017, o julgamento de Temer por atividades ilegais de financiamento de campanha durante o pleito eleitoral de 2014 foi iniciado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), levantando a possibilidade de sua destituição do cargo.<sup>36</sup> No entanto, o Tribunal rejeitou o caso por uma maioria simples de 4-3.<sup>37</sup> Embora as pesquisas mostrassem que cerca de 85% da população era favorável à aprovação de uma emenda constitucional para permitir eleições diretas antecipadas como única forma de selecionar um presidente com mandato democrático (para evitar esperar pelas eleições marcadas para o fim de 2018 e sem possibilidade de usar o procedimento eleitoral indireto da Constituição para casos de destituição ou incapacidade de um presidente),<sup>38</sup> o governo resistiu.

<sup>32</sup> D Gallas, ‘Brazil: President Temer's first year after impeachment’ BBC News 12 May 2017 <http://bbc.in/2sVYHpw>.

<sup>33</sup> ‘Governo Temer tem aprovação de apenas 9%, aponta Datafolha’ O Globo 30 April 2017 <https://glo.bo/2qBFh7w>.

<sup>34</sup> S Romero, ‘Their Government in Chaos, Brazilians Fear the Joke Is on Them’ *New York Times* 26 May 2017 <http://nyti.ms/2sJzC0S>.

<sup>35</sup> “Nossa democracia não corre risco”: ver General Villas Bôas diz que clima no Exército é de “consternação e preocupação” GCN 25 May <http://bit.ly/2rcl9II>.

<sup>36</sup> ‘Temer depõe sobre corrupção e é julgado no TSE por crime eleitoral’ O Globo 6 June 2017 <https://glo.bo/2rcaxcY>.

<sup>37</sup> ‘Brazil Court Dismisses Corruption Case Against President Temer’ Rio Times 10 June 2017 <http://bit.ly/2smaoZA>.

<sup>38</sup> ‘Com Temer rejeitado, 85% defendem eleição direta, aponta Datafolha’ Folha de s. Paulo 30 April 2017 <http://bit.ly/2qxDGzV>.



Em vez disso, a atenção pública se voltou para a percepção de injustiça oriunda de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 2018, autorizando a prisão de Lula enquanto ele aguardava o julgamento de um novo recurso contra uma condenação lhe imposta por corrupção, o que efetivamente o removeu da corrida presidencial nas eleições de 2018. Importantes constitucionalistas argumentaram que a decisão era inconstitucional por não garantir a presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII da Constituição Federal, e outra decisão tomada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em 2016.<sup>39</sup> A decisão também foi vista, por alguns, como colorida pelo contexto de sérios temores de um golpe militar. Conforme um relatório revelado em abril de 2018, o Comandante do Exército, General Eduardo Villas Boas, havia advertido publicamente que os militares “repudiam a impunidade e respeitam a Constituição, a paz social e a democracia”,

no que foi amplamente interpretado como uma ameaça de intervenção potencial se o Supremo Tribunal Federal se recusar a prender Lula. As Forças Armadas já estão mobilizadas na antiga capital do país, o Rio de Janeiro, como parte de uma operação direcionada contra as quadrilhas de traficantes, que, em retrospectiva, pode ser vista como uma flexão de músculos simbólica que sinaliza sua intenção de desempenhar um papel mais ativo nos assuntos domésticos...<sup>40</sup>

#### A. Ausência de qualquer ‘plano de mestre’ claro para desmantelar a democracia

Quando analisamos a crise do *impeachment* brasileiro, ela não parece se encaixar facilmente no quadro de “engrandecimento do Executivo” discutido acima. Esta seção analisa vários argumentos contra a caracterização da atual crise democrática do Brasil como engrandecimento do Executivo, antes de argumentar que vários padrões sugerem que a decadência democrática pode, no entanto, ser um rótulo apropriado.

Talvez, ao contrário do foco crescente no populismo como a característica comum central entre os países que sofrem decadência, uma análise superficial da crise do *impeachment* e do governo Temer tendeu a se concentrar em preocupações com a captura da ordem democrática pela elite neoliberal. É claro que vários observadores argumentam que o *impeachment* de Dilma Rousseff constituiu um “golpe brando” – “instrumentalizando” esse mecanismo de direito público como meio de alcançar fins antidemocráticos. Zaiden Benvindo descreveu-o como um “*impeachment* abusivo”, baseando-se no conceito de ‘constitucionalismo abusivo’ de Landau.<sup>41</sup> Os adeptos desse argumento apontam para o fato de que o *impeachment* de Dilma Rousseff foi uma ‘conclusão precipitada’, que os debates sobre o *impeachment* tenderam a se concentrar em questões alheias, que as acusações feitas contra ela não constituíam um “crime de responsabilidade”, conforme exigido pela Constituição, e que nenhuma

<sup>39</sup> ‘Parecer do jurista José Afonso da Silva contra prisão de Lula é protocolado no STF’ Migalhas, 2 April 2018 <https://bit.ly/2M1s7vk>. The Supreme Court decision is HC 126.292 (17 February 2016).

<sup>40</sup> A Korubko, ‘Is Brazil On The Cusp Of A Military Coup?’ Eurasia Future 4 April 2018 <https://bit.ly/2M23EWL>.

<sup>41</sup> J Zaiden Benvindo, ‘Abusive Impeachment? Brazilian Political Turmoil and the Judicialization of Mega- Politics’ Int’l. J. Const. L. Blog 23 April 2016.

das acusações foi provada.<sup>42</sup> A própria Dilma Rousseff – reconhecidamente uma não observadora objetiva – tem consistentemente se referido ao *impeachment* como um 'golpe' cujo objetivo não era apenas impedir as investigações anticorrupção em curso que ameaçavam Cunha e seus aliados, mas, de forma mais ampla, mudar o Estado “economicamente, social e politicamente” e adaptá-lo às políticas neoliberais que falharam repetidamente em ganhar apoio popular.<sup>43</sup> A acusação de que tudo isso é especulação foi desmentida em maio de 2016 por uma gravação de áudio vazada do empresário Sérgio Machado e do então Senador Romero Jucá, no qual discutiam um plano para destituir Dilma, envolvendo o Congresso, o Supremo Tribunal Federal, os militares e o vice-presidente Temer, tudo isso na tentativa de deter as investigações da Lava Jato.<sup>44</sup>

Feito tal apontamento, ainda não se pode argumentar que o episódio do *impeachment* equivale a um plano mais amplo articulado ou sistemático de esvaziar o sistema democrático de acordo com o modelo de “engrandecimento do Executivo” e, certamente, não houve, contemporaneamente, movimento comparável ao rescaldo do golpe militar, em 1964, que derrubou o presidente em exercício, João Goulart, por medida inconstitucional, promulgou sucessivas reformas constitucionais (incluindo uma constituição praticamente nova, em 1969) e esvaziou a ordem democrática de forma abrangente por meio da suspensão de direitos individuais, supressão ativa do Congresso, destituição de membros do Supremo Tribunal Federal e da instalação de uma forma de 'democracia aparente', na qual diversos partidos políticos foram banidos, mas uma forma de competição entre algumas agremiações selecionadas foi permitida (ou seja, apenas os partidos dispostos a evitar o questionamento da legitimidade fundamental do regime militar).

Ao contrário dos claros ataques às estruturas democráticas, como tribunais e mídia, vistos em muitos outros países, como Hungria, Polônia ou Venezuela, o governo Temer, no Brasil, não aprovou nenhuma lei para interferir no funcionamento do judiciário, dos partidos ou das organizações da sociedade civil, por exemplo. Com exceção do decreto executivo de Temer, em maio de 2017, não houve atividade concertada para coibir o direito de protesto (a violência contra ativistas que protestam contra a política do governo continuou, mas é um problema de longa data<sup>45</sup>). De fato, para observadores externos, a ampla e desinibida atuação da Operação Lava Jato e as intervenções desimpedidas do Supremo Tribunal Federal sugeriam um judiciário independente e com bom funcionamento. A desistência imediata de Temer, no episódio da convocação do Exército para enfrentar os manifestantes em Brasília, em maio de 2017, também pode ser interpretada como um governo que ainda mostrava sensibilidade democrática às críticas e algum respeito ao direito de protestar.

## B. Simplesmente uma continuação de padrões existentes?

<sup>42</sup> J Webber, *The Last Day of Oppression, and the First Day of the Same: The Politics and Economics of the New Latin American Left* (Haymarket Books, 2017) p.62.

<sup>43</sup> 'Full Interview with Dilma Rousseff on Her Ouster, Brazil's Political Crisis & Fighting Dictatorship' Democracy Now! 29 May 2017 <http://bit.ly/2r12Ns>.

<sup>44</sup> Bogliolo, conforme a nota 16, p. 6.

<sup>45</sup> Ver 'Civic Freedom Monitor: Brazil', 8 September 2018, The International Center for Not-for-Profit Law (ICNL) <http://www.icnl.org/research/monitor/Brazil.html>.

Discutindo a crise do *impeachment* com pesquisadores brasileiros nos últimos anos, as questões acima foram levantadas repetidamente. Um refrão comum é que a crise foi simplesmente uma continuação de padrões familiares na história da governança do Brasil. Clientelismo e corrupção na política brasileira, e os politicamente poderosos jogando rápido e alheios à Constituição (e à lei mais amplamente), tanto antes quanto depois da transição democrática, não são novidades.<sup>46</sup> Essa também não é a primeira crise de *impeachment* desde o retorno do Brasil ao regime democrático – o presidente Collor enfrentou o *impeachment*, em 1992, mas renunciou antes que o processo fosse concluído no Senado.<sup>47</sup>

Grande parte da insatisfação atual no Brasil também pode ser caracterizada simplesmente como uma renovação e intensificação da contestação que está incrustada no próprio momento constitucional fundador de 1988 e no texto que ele produziu. Devido a vários fatores, incluindo a elaboração de negociações sem 'qualquer tipo de confiança e credibilidade política' e as origens ideológicas radicalmente diferentes dos constituintes (especialmente em questões econômicas), o texto conecta certas preferências políticas na Constituição para removê-las da arena política e contém contradições internas significativas, o que é visto como sendo não apenas uma constitucionalização do campo político, mas algo que estimula a 'judicialização da política'.<sup>48</sup> A contestação em torno das reformas de Temer, então, poderia ser caracterizada como a mais recente repetição de um longo debate sobre se o Brasil deve ser uma democracia constitucional neoliberal ou uma socialdemocracia, em que a Constituição fala de 'justiça social' em uma longa série de direitos sociais que possuem proeminência. Evidentemente, esse debate ecoa discussões em países de todo o mundo sobre o que conta como democracia "verdadeira" e a legitimidade democrática da redistribuição de riqueza. A tentativa de Temer de instrumentalizar a sua falta de mandato democrático para aprovar tais medidas – sabendo que apenas um governo impopular poderia passar tais reformas – pode ser vista como uma indicação de uma preferência pelo que Mounk chamou de "liberalismo antidemocrático" em países como a Grécia sob governo liberal tecnocrático, ou seja, um cenário em que "as elites estão tomando conta do sistema político e tornando-o cada vez mais indiferente: os poderosos estão cada vez menos dispostos a ceder às opiniões do povo".<sup>49</sup>

Todos esses argumentos sugerem que o que está acontecendo no Brasil é, se não exatamente '*business as usual*', algo pelo menos profundamente enraizado nos padrões existentes que há muito atormentam o sistema democrático brasileiro, e não necessariamente indicativo de uma reversão da trajetória positiva do desenvolvimento democrático do Brasil desde 1985. A questão crucial, então, é saber se os eventos mais recentes e em curso são de maior magnitude, ordem, intensidade e trajetória e podem indicar uma mudança negativa no progresso democrático do Brasil, fenômeno que não pode ser simplesmente explicado como uma continuação dos níveis anteriores de disfunção no sistema político-democrático nacional.

<sup>46</sup> A Zimmermann, 'Constitutions without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil' in M Sellers & T Tomaszewski (eds), *The Rule of Law in Comparative Perspective* (Springer, 2010).

<sup>47</sup> Mesmo diante da renúncia, o processo de *impeachment* teve prosseguimento e foi aprovado [Nota dos tradutores].

<sup>48</sup> L Prado Verbicario, 'Um Estudo Sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil' (2008) 4 *Revista Direito GV* 389.

<sup>49</sup> Mounk, p.13.

### C. Ataques às Estruturas da Democracia Constitucional Liberal?

Embora não se enquadre no modelo de engrandecimento do Executivo, um olhar mais atento ao contexto brasileiro sugere que as estruturas centrais da democracia brasileira têm sido submetidas a um estresse considerável nos últimos anos. De fato, contrariando o modelo de engrandecimento do Executivo, a crise do *impeachment* e os subseqüentes pedidos similares voltados contra Temer (embora sem sucesso) podem ser vistos como uma degradação do próprio governo presidencial. Se o *impeachment* pode ser abusado para fins puramente políticos (em oposição aos propósitos constitucionalmente limitados pelo interesse público), é difícil ver como a presidência pode operar da maneira prevista na Constituição de 1988, ou em um estado de ‘normalidade democrática’, em que o *impeachment* é totalmente excepcional e exercido apenas com a máxima boa fé. Em vez de alinhar os futuros presidentes mais fortemente com as restrições da Constituição e com a lei de forma mais ampla, isso poderia deixá-los operando defensivamente e aumentar perigosamente as apostas se sua popularidade cair ou as políticas forem fortemente enfrentadas pela oposição política: é talvez o derradeiro ‘*constitutional hardball*’.

O Supremo Tribunal Federal também apareceu sob ameaça de “captura” em maior medida do que comumente se reconhece, especialmente fora do Brasil. A morte do Ministro Teori Zavascki, em janeiro de 2017, permitiu que o presidente Temer nomeasse um aliado político na Corte, o ministro Alexandre de Moraes – homem que atuava como Ministro da Justiça no governo de Temer e cujas credenciais para o cargo, no que diz respeito à objetividade e capacidade acadêmica, foram questionadas. Zaiden Benvindo afirmou que sua nomeação foi emblemática da crise democrática do Brasil e uma aparente tentativa do governo de capitalizar as deficiências institucionais e o poder excessivo do Supremo para estabelecer “um tribunal político”, descrevendo-o como um “momento crítico da democracia brasileira”.<sup>50</sup> Durante o governo Temer, também foram levantadas preocupações sobre o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo, atuando como aliado de Temer.<sup>51</sup>

É importante, contudo, notar que o Supremo Tribunal atribui um nível comparativamente incomum de autonomia para cada ministro e uma tendência a decisões significativas de juízes individuais mesmo nos casos mais importantes: como resultado, é mais difícil falar do Tribunal como uma entidade monolítica propensa à captura total. No entanto, parece que a integridade e a legitimidade da Corte (e do Judiciário em geral) foram consideravelmente enfraquecidas, principalmente, por suas próprias ações (e não por interferência externa).<sup>52</sup> Um dos principais especialistas em direito constitucional, Conrado Hübner Mendes, afirmou que, contrariamente ao esperado papel dos tribunais de “moderação do populismo”, salvaguardando a separação dos poderes e protegendo os direitos, o judiciário brasileiro foi infectado por um culto ao ‘personalismo’ e à “jurisprudência populista”, que enaltece a personalidade do juiz, mas está envolta na linguagem impessoal da justiça, e na qual os juízes – do STF aos tribunais inferiores – se tornaram jogadores do jogo político, oferecendo visões pessoais

<sup>50</sup> J Zaiden Benvindo, ‘Brazil’s Increasingly Politicized Supreme Court’ Int’l J. Const. L. Blog 16 February 2017 <http://bit.ly/2r2azoL>.

<sup>51</sup> Ver, e.g., J de Souza, ‘Relator troca farpas com Gilmar e pede julgamento rigoroso de Temer e Dilma’ UOL 7 June 2017 <http://bit.ly/2sJpWU1>.

<sup>52</sup> Vale destacar que o ministro Gilmar Mendes também é presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que absolveu Temer no caso de corrupção eleitoral Temer-Rousseff, em 10 de junho de 2017.

e políticas de seus gabinetes, 'transcendendo' a lei e, muitas vezes, alinhando-se com promotores públicos e agentes da polícia.<sup>53</sup> Zaiden Benvindo também denuncia um “ativismo judicial abusivo”, que, como o “constitucionalismo abusivo”, tende à erosão da ordem democrática, ao imiscuir o Tribunal na dinâmica política em que deveria agir como um árbitro confiável.<sup>54</sup>

Em particular, a abordagem do Judiciário à investigação anticorrupção da Lava Jato é vista por alguns como impactante nas estruturas da democracia brasileira e na estabilidade, previsibilidade, certeza e imparcialidade esperadas de um Estado de Direito funcional. Por exemplo, Boaventura de Sousa Santos afirma que, ao contrário da investigação de corrupção *Mani Pulite* da Itália, nos anos 1990, o processo da Lava Jato foi bastante unilateral, focado nos líderes do Partido dos Trabalhadores (PT), e que o sistema Judiciário tornou-se uma “perigosa fonte de desordem jurídica”:

Medidas judiciais flagrantemente ilegais e inconstitucionais, um zelo persecutório crassamente seletivo, uma promiscuidade aberrante em que os meios de comunicação estão a serviço das elites políticas conservadoras e um hiperativismo judicial aparentemente anárquico – resultando, por exemplo, em 27 liminares relativas a um ato político único (o convite da Presidenta Dilma a Lula da Silva para integrar o governo) —, tudo isso indica uma situação de caos jurídico que tende a fomentar a incerteza, aprofundar a polarização social e política e levar a democracia brasileira à beira do caos.<sup>55</sup>

#### D. Decadência da Substância da Democracia Constitucional Liberal?

Talvez muito mais preocupantes sejam as tendências negativas em relação à substância da democracia constitucional liberal, incluindo o apoio dos indivíduos a todo o sistema democrático; apoio às principais instituições da democracia liberal (por exemplo, direitos civis); vontade de perseguir causas políticas através do sistema político existente; e abertura a sistemas de governo não democráticos (por exemplo, regime militar). Vários sinais apontam para uma grave degradação da fé pública no sistema democrático brasileiro. Uma importante pesquisa no Brasil, em setembro de 2016, indicou não apenas índices de aprovação extremamente baixos para o presidente Temer, em 14%, mas também sugeriu que o apoio à própria governança democrática havia caído para meros 32% da população, a confiança dos cidadãos nas instituições políticas e nos tribunais diminuiu, e apenas 9% dos entrevistados concordaram que seu país é governado “para o benefício do povo”.<sup>56</sup>

Esses números são gritantes. De fato, é bastante revelador que o ponto alto do apoio à democracia foi de 55%, em 2009, indicando que uma parcela muito significativa do público brasileiro há muito enxerga que a democracia não lhes 'entrega' nada positivo, apesar dos esforços dos sucessivos governos petistas, sob Lula e Dilma Rousseff, para combater a desigualdade e a pobreza. O número estava estável há pelo menos alguns anos, ainda em 54%,

<sup>53</sup> C Hübner Mendes, 'Populispudência', *Época*, 27 April 2018 <https://glo.bo/2JXDSSV>.

<sup>54</sup> Zaiden Benvindo, ver nota 41.

<sup>55</sup> B de Sousa Santos, 'Brazil: Democracy on the Edge of Chaos and the Dangers of Legal Disorder' *Critical Legal Thinking* 26 March 2016 <http://bit.ly/1UBwA9M>.

<sup>56</sup> M Riethof, 'Why Brazil's Political Crisis Matters for Latin American Democracy' *Global Observatory* 7 September 2016 <http://bit.ly/2oI0rH>.

em 2015,<sup>57</sup> mas a crise do *impeachment* e suas consequências parecem ter manchado a percepção do sistema político democrático existente como capaz de proporcionar a estabilidade, a prosperidade e a proteção de direitos esperadas no novo ambiente político em torno da transição democrática em meados da década de 1980. Em um país onde sete pessoas são mortas a cada hora, e com uma taxa de homicídios seis vezes maior que a dos EUA, a nostalgia da lei e da ordem sob a ditadura militar de 1964-1985 cresceu: pesquisas mostram que o apoio popular a um governo militar temporário aumentou de 35%, em 2016, para 43%, em 2017,<sup>58</sup> e se intensificou a partir de maio de 2018, quando uma greve nacional de caminhoneiros por causa do aumento dos preços dos combustíveis se transformou em protestos contra a corrupção política, o aumento da violência e problemas de saúde, educação e infraestrutura.<sup>59</sup>

Dois outros desenvolvimentos relativos à cultura política aparecem relacionados a essa tendência. Um deles é a percepção de que o recurso cada vez mais recorrente ao Supremo Tribunal Federal para atuar como árbitro em todos os casos é um indício de um processo político cada vez mais incapaz de oferecer soluções. Daniel Vargas argumentou que isso marca uma deterioração de todo o sistema democrático do Brasil;

que o Supremo Tribunal Federal não é o remédio, mas sim o sintoma de uma doença que se espalhou por toda a democracia brasileira: Nós, brasileiros, sempre recorremos ao Supremo sempre que precisamos de uma decisão política ou econômica, o que mostra que ‘a democracia brasileira sangra mais e muito mais.’<sup>60</sup>

A segunda tendência é a percepção de que o ímpeto político no Brasil tem se deslocado cada vez mais para “um populismo antipartidário de direita”.<sup>61</sup> Assim, o abandono do Partido dos Trabalhadores por parte de sua base política e a prisão do ex-presidente Luís Inácio ‘Lula’ da Silva – impedindo sua candidatura às eleições presidenciais – ajudam a explicar a vitória de Bolsonaro nas eleições presidenciais de 2018.

#### 4 A VITÓRIA DE BOLSONARO NAS ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DE 2018

Contra o pano de fundo esboçado acima, a vitória de Bolsonaro nas eleições presidenciais de 2018 pode ser mais claramente apreciada como um aspecto-chave da intensificação de uma deterioração a longo prazo da democracia em vez do início de uma crise democrática. Esta seção apresenta três aspectos-chave do sucesso eleitoral de Bolsonaro, pontuando-se que os seus decorrentes desdobramentos levantam sérias dúvidas sobre a saúde do sistema democrático brasileiro.

<sup>57</sup> Ver A Ituassu, ‘A dialectic tradition: brazil’s re-democratization process and the country’s current political crisis’ <http://bit.ly/2rUPvTH>.

<sup>58</sup> M Lopes, ‘In Brazil, nostalgia grows for the dictatorship — not the brutality, but the law and order’ *Washington Post* 15 March 2018 <https://wapo.st/2JR2exr>.

<sup>59</sup> S Cowie and D Phillips, ‘Brazil faces calls for return to military dictatorship amid truckers’ strike’ 30 May 2018 <https://bit.ly/2H4LElj>.

<sup>60</sup> J Zaiden Benvindo, ‘Abusive Judicial Activism and Judicial Independence in Brazil’ *Int. Const. L. Blog* 22 December 2016 <http://bit.ly/2svtA6G>.

<sup>61</sup> Webber, *The Last Day of Oppression* p.64.

## A. A expressa hostilidade de Bolsonaro à democracia liberal e a ascensão do ‘bolsonarismo’

Tendo sido uma figura marginal no Congresso, de 2016 em diante, Jair Bolsonaro, inesperadamente, se tornou a estrela política recente de mais rápido crescimento no Brasil e um dos políticos mais populares do país. Concorrendo como candidato presidencial pelo Partido Social Liberal (PSL), em abril de 2017, ele apareceu nas pesquisas de intenção de voto com 13,7% de apoio – menos da metade dos 30,8% de Lula, mas com uma tendência de forte aumento contra o lento declínio no apoio ao último.<sup>62</sup> Pesquisas feitas pouco antes da eleição presidencial mostraram que a retirada de Lula da disputa fortaleceu significativamente as chances de Bolsonaro.<sup>63</sup>

Conhecido por ‘conversar francamente’ e se apresentar como um *outsider* capaz de reformar um sistema político corrupto e elitista (apesar de sua longa carreira no Congresso), o ex-Capitão do Exército (Bolsonaro) é frequentemente comparado a Donald Trump na imprensa de língua inglesa. No entanto, suas declarações gravadas são muito mais alarmantes que a deste último, em muitos aspectos. Ao longo de sua carreira, ele emitiu declarações indicando o seu apoio à tortura, a sua antipatia pelas minorias brasileiras, incluindo minorias étnicas, religiosas e sexuais, e extrema misoginia. Fundamentalmente, Bolsonaro não é apenas um apologista, mas um fervoroso admirador da ditadura militar no poder de 1964 a 1985. De fato, como observa Webber, ele dedicou seu discurso, ao votar pelo *impeachment* de Dilma no Congresso, a Carlos Alberto Brilhante Ustra, chefe da polícia secreta do Brasil durante a ditadura<sup>64</sup> – um homem contra quem foram feitas fortes acusações de torturas e desaparecimentos forçados no relatório histórico da Comissão Nacional da Verdade, em 2014.<sup>65</sup> Na campanha, ele sugeriu que os policiais recebessem um bônus para cada pessoa morta a tiros e, repetidamente, clamou pela militarização da sociedade brasileira.<sup>66</sup> Sua campanha se concentrou em trazer ordem ao país, por qualquer meio necessário.

Nesse sentido, Bolsonaro apresenta-se como uma figura muito mais explicitamente antidemocrática do que Donald Trump ou – do outro lado do espectro político – o socialista Nicolás Maduro, da Venezuela. No entanto, durante a campanha, ele conseguiu turvar as águas o suficiente para atrair uma faixa mais ampla do eleitorado repelido por sua política, mas ansioso por ordem e prosperidade, oferecendo declarações que disfarçavam sua aversão à democracia; por exemplo, que ele seria um “escravo” da Constituição, se eleito, e voltando atrás de declarações nas quais se referiu à mídia como inimiga.<sup>67</sup> No entanto, seu discurso final, antes da votação, voltou aos seus temas centrais: ódio às minorias; *fake news*; fecha-

<sup>62</sup> PH Leal, ‘Bolsonaro and the Brazilian far right’ Democracia Abierta 24 April 2017 <http://bit.ly/2sMsAYq>.

<sup>63</sup> L Leme, ‘Poll Update: Brazil’s Uncertain Presidential Race’ Americas Society Council of the Americas 14 June 2018.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Relatório da Comissão Nacional da Verdade, 10 December 2014 [www.cnv.gov.br](http://www.cnv.gov.br).

<sup>66</sup> B Winter, ‘What to Expect from Jair Bolsonaro’ *Americas Quarterly* 9 October 2018.

<sup>67</sup> Ver, e.g., T Phillips, ‘Brazil’s far-right frontrunner Bolsonaro vows to rule with ‘authority not authoritarianism’ *The Guardian* 10 October 2018; e G Stargardter, ‘Right-wing Brazil candidate commits to free press after calling it ‘trash’ *Reuters* 12 October 2018.

mento de ONGs; e prometendo prender seu oponente na corrida presidencial, Fernando Haddad.<sup>68</sup> Observadores de longa data, pouco antes de sua eleição, emitiram advertências cada vez mais estridentes de que o candidato Bolsonaro se constituía como uma séria ameaça à democracia por fortalecer o papel dos militares na política e com base no fato de que, nas últimas três décadas, ele tem

repetidamente pedido o fechamento do Congresso, disse que o maior erro do último governo militar foi “torturar em vez de matar” e disse que, se eleito presidente, ele “começaria uma ditadura imediatamente”. Mais recentemente, ele prometeu colocar na Suprema Corte com juízes simpáticos.

A vitória de Bolsonaro não se limita à Presidência da República. Ao contrário, seu triunfo foi acompanhado por uma transformação sem precedentes de um partido marginal – o Partido Social Liberal (PSL) – em uma força eleitoral central. A eleição viu os partidos de centro e centro-direita sofrerem pesadas perdas, enquanto muitos candidatos do PSL conquistaram assentos “pegando carona” na campanha presidencial de Bolsonaro. Cerca de metade do Congresso anterior não conseguiu garantir a reeleição, enquanto muitos recém-chegados do PSL têm pouca experiência política prévia. O cenário político tornou-se, portanto, muito mais fragmentado e polarizado, colocando-se entre o socialista Partido dos Trabalhadores e o nascimento do PSL como um grande partido radical de extrema-direita; disso nasceu uma ideologia autoritária que alguns passaram a chamar de “bolsonarismo”.<sup>69</sup> Outros chegam a considerar se Bolsonaro é um fascista absoluto.<sup>70</sup> Contudo, é importante destacar que Bolsonaro é visto como mais extremista do que a maioria de seus apoiadores. Embora este artigo não se concentre na experiência de Bolsonaro no poder, também é importante enfatizar que, desde que assumiu a presidência, ele encontrou sérias dificuldades na implementação de sua agenda e parece improvável que tenha a capacidade de ordenar o tipo de tomada de poder do Executivo vista na Hungria, na Venezuela ou na Turquia.

## B. O retorno dos militares ao poder

Talvez, o fato mais preocupante após as eleições de outubro de 2018 seja a forte presença militar nas instituições democráticas do Brasil. Isso inclui não apenas o companheiro de chapa de Bolsonaro, General Antônio Hamilton Mourão, mas também a vitória de mais de 70 candidatos militares ao Congresso nas eleições parlamentares realizadas paralelamente ao primeiro turno do pleito presidencial. Os laços militares foram fortalecidos com a nomeação de um grande número de ex-militares para cargos-chave na administração. A importância desse elemento é difícil de exagerar no contexto não apenas da longa tradição dos militares

<sup>68</sup> O discurso, com legenda em Inglês, está disponível em: [https://twitter.com/octavio\\_ferraz/status/1055566020201594882](https://twitter.com/octavio_ferraz/status/1055566020201594882).

<sup>69</sup> DW Arguelhes & T Pereira, ‘What does a Bolsonaro Presidency mean for Brazilian Law? Part 1: Reforms from the Far Right’ *Verfassungsblog* 24 October 2018.

<sup>70</sup> LD Valencia-Garcia, ‘Is He a Fascist? The Election of Jair Bolsonaro’ Centre for Analysis of the Radical Right blog 29 October 2018.



atuando com poder de tutela desde o nascimento da República brasileira, em 1891, mas, particularmente, devido à experiência, no Brasil, de abusos de direitos humanos e governos arbitrários sob a ditadura militar de 1964-1985. Qualquer noção de que os militares possam ser uma força positiva capaz de salvar o sistema democrático do caos (que tem sido oferecido nos contextos turco, israelense e até mesmo americano<sup>71</sup>) é difícil de aceitar à luz dessa história sombria.

Até recentemente, parecia que os militares poderiam ter retornado definitivamente aos quartéis – especialmente devido à criação de uma Comissão Nacional da Verdade pela presidente Dilma Rousseff, em 2011, em meio à feroz oposição militar.<sup>72</sup> Durante dois anos, a Comissão realizou audiências e reuniu depoimentos de especialistas sobre as juntas militares de 1964-1985, em particular. Seu relatório final, publicado em dezembro de 2014, constatou que torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados constituiu uma política oficial de Estado durante a ditadura militar; documentou uma série de assassinatos politicamente motivados; apelou aos militares para que reconhecessem a sua responsabilidade pelas ‘graves’ violações de direitos humanos perpetradas sob os seus governos; identificou quase 400 indivíduos pelo nome e recomendou que os que ainda estivessem vivos fossem levados a julgamento; e pediu uma reforma na Lei de Anistia para permitir indiciamentos.<sup>73</sup>

Enquanto o trabalho da Comissão da Verdade parecia confirmar o controle civil total do aparato governamental e os limites claros dos militares como um poder de veto inconstitucional, as recentes eleições parecem ter revertido este impulso – na verdade, isso pode ser visto como uma reação direta. Em vez de retornarem aos quartéis, os militares voltaram ao governo, embora sem a necessidade de dar um golpe. Isso não foi totalmente deixado de lado: o companheiro de chapa de Bolsonaro, o General da reserva Hamilton Mourão, falou de um “autogolpe” como algo necessário, se a anarquia eclodisse após uma vitória de Bolsonaro nas eleições.<sup>74</sup> Mais amplamente, ele falou de substituir a Constituição democrática de 1988 por um texto elaborado por um comitê de “pessoas notáveis” – sugerindo que o processo participativo para sua redação está na raiz dos problemas atuais do Brasil.<sup>75</sup>

### C. Integridade Eleitoral e Controle Popular

Uma resposta à ascensão de Bolsonaro comumente oferecida é a de que a população poderá sempre retirá-lo do cargo por meio do voto, se decidirem que ele não é o salvador que fez transparecer. No entanto, paralelamente à reformulação do cenário político, surgiram sérias preocupações em relação ao próprio processo eleitoral. Espelhando o que ocorreu em outros países, como os EUA, as eleições de 2018 levantaram sérias preocupações em relação à saúde do próprio processo eleitoral. Ao lado de seus ataques às minorias, às mulheres e à

<sup>71</sup> Ver, *e.g.*, Huq & Ginsburg, ver nota 3, p. 31.

<sup>72</sup> Ver, *e.g.*, G Duffy, ‘Brazil truth commission arouses military opposition’ *BBC News* 11 January 2010 <http://news.bbc.co.uk/1/hi/8451109.stm>.

<sup>73</sup> Ver nota 65.

<sup>74</sup> R Tsvakko Garcia, ‘Is Brazil heading towards a military dictatorship?’ *Al Jazeera* 4 October 2018.

<sup>75</sup> *Ibid.*

ideia de democracia liberal, a campanha de Bolsonaro apresentou ataques regulares à legitimidade da mídia e da oposição política. A campanha viu os ataques físicos a jornalistas aumentarem em meio a uma elevação geral da violência política.<sup>76</sup>

Levantando o espectro da grave crise econômica, política e humanitária na Venezuela, Bolsonaro e seus correligionários demonizaram o candidato do Partido dos Trabalhadores (PT), Fernando Haddad, e seus apoiadores como inimigos do Brasil. Em um discurso de vitória feito no Facebook, Bolsonaro repetiu as ameaças de prender ou exilar membros-chave do PT; uma tática usada pela ditadura militar por décadas.<sup>77</sup> Além disso – e disseminando a desinformação (ou as chamadas “fake news”) em outros lugares – a campanha de Bolsonaro para a presidência foi reforçada por uma cruzada de desinformação bem-sucedida e generalizada feita por seus apoiadores, principalmente no WhatsApp, algo que pode até ter balançado a eleição a seu favor.<sup>78</sup> O resultado dessa mistura bastante tóxica é uma concreta preocupação não apenas com a condução das eleições de 2018, mas também com os pleitos futuros.

Além da integridade das próprias eleições, há uma metatendência abrangente que pode ser vista como uma união de todas as vertentes discutidas neste artigo: o enfraquecimento do controle popular e a diminuição da percepção institucional da capacidade do próprio povo de se governar. Isso aparece em relatos de todo o espectro político, seja denunciando o cumprimento de uma agenda neoliberal por meio da judicialização e manipulação da Constituição e restrição de qualquer escolha democrática real em questões macroeconômicas,<sup>79</sup> ou pela análise crítica do papel renovado do Judiciário e dos militares como tradicionais “poderes moderadores” externos ao controle democrático.<sup>80</sup> Tudo isso também surge no uso altamente questionável do mecanismo de *impeachment* contra Dilma Rousseff, bem como na questão sobre quem essa preponderância de militares no sistema político realmente representa: o eleitorado ou o militares?

## ■ CONCLUSÃO: refletindo sobre as lições do contexto brasileiro

Este artigo não buscou necessariamente convencer o leitor de que o Brasil está sofrendo a deterioração de seu sistema democrático. Alguns leitores acharão este argumento mais convincente do que outros. O objetivo aqui foi mais modesto: destacar, por meio da decantação do contexto brasileiro, a necessidade de uma análise mais sutil e multidimensional de onde as ameaças percebidas à democracia liberal podem ser identificadas, o que vai muito além do problema dos Executivos errantes. O próprio Bolsonaro não é a causa nem o centro, mas sim o sintoma do que pode ser um mal-estar muito mais profundo no sistema democrático brasileiro. Relatar a experiência brasileira importa não apenas para entender melhor a

<sup>76</sup> Ver S Cowie, ‘Political Violence Surges in Brazil as Far-Right Strongman Jair Bolsonaro Inches Closer to the Presidency’ *The Intercept* 16 October 2018.

<sup>77</sup> Ver ‘Bolsonaro wins Brazilian presidency’ *Washington Post* 28 October 2018.

<sup>78</sup> C Long, ‘Did Coordinated Misinformation Campaigns on Social Media Affect the Brazilian Presidential Elections?’ *Pacific Standard* 2 November 2018.

<sup>79</sup> Bogliolo, ver nota 16.

<sup>80</sup> E Peluso Neder Meyer & M Rezende Oliveira, ‘Moderating Power? Military and Judges in Brazilian Democratic Backsliding’, conference paper, annual conference of the International Society of Public Law, Santiago, Chile, 2 July.

saúde e a resistência de uma das maiores democracias do mundo, mas também pelas lições que ela oferece para a compreensão de processos de decadência democrática em outros lugares. Certamente, a experiência brasileira sugere que o modelo de engrandecimento do Executivo por si só é insuficiente como uma estrutura universal para entender como um sistema democrático pode ser degradado ao longo do tempo.

O cenário brasileiro, embora ressoe com alguns aspectos do padrão já aferido de ataques liderados pelo Executivo ao regime democrático em países como Hungria e Venezuela, também se afasta significativamente desse “manual” em aspectos-chave. Juntamente com o risco de engrandecimento do Executivo, temos o potencial de incapacidade executiva, um militar colocando a mão mais uma vez no leme do Estado, e não apenas uma fé pública seriamente degradada nas instituições e promessas de um governo democrático, mas também um sistema político e judiciário que, de diferentes maneiras, parece ter perdido a fé fundamental na capacidade cidadã de autogoverno que deveria animar qualquer sistema democrático. Deste ponto de vista, é impossível fazer previsões mesmo vagas para o futuro. Mais do que tudo, a experiência brasileira questiona como avaliamos, em primeiro lugar, se um sistema democrático está no caminho certo e ressalta que a direção outrora compreendida talvez não seja linear (seja para frente ou para trás), mas um padrão misto de características cujo significado só pode ser avaliado através do conhecimento profundo do sistema como um todo, mantendo-se algum 'verdadeiro norte' sobre o que está no cerne de qualquer sistema político digno do título de democracia liberal.



## A DESCONFIANÇA NO SISTEMA ELEITORAL COMO FATOR DE COMPROMETIMENTO DO CAPITAL SOCIAL ELEITORAL: A DESCREDIBILIDADE QUE RETROCEDE NOS AVANÇOS DEMOCRÁTICOS

THE DISTRUST IN THE ELECTORAL SYSTEM AS A FACTOR THAT COMPROMISES THE ELECTORAL SOCIAL CAPITAL: THE DISBELIEF THAT SETS BACK IN DEMOCRATIC ADVANCES.

ANA LAURA RODRIGUES \* | LAURA GABRIELLA M. DA SILVA \*\* | FLAVIANNE FERNANDA B. NÓBREGA \*\*\*

### RESUMO

Após um passado de fraudes e corrupções eleitorais, a instauração do voto eletrônico no Brasil e a sua paulatina aceitação, consolidaram a democracia eleitoral no País. Todavia, essa harmonia passou a ruir com a crescente suspeição a respeito desse modelo eleitoral. O presente estudo propõe investigar a desconfiança nas urnas eletrônicas, como fator para o comprometimento da credibilidade do sistema eleitoral no Brasil, bem como pretende elucidar a transição institucional de confiança para a descrença no sistema de voto eletrônico, abalado pelas irritações exógenas de atores políticos ligados à eleições, que suscitaram embates contra os resultados eleitorais. Para tanto, utilizou-se o framework metodológico da abordagem Neoinstitucional de North, Brinks e Levitsky, que compreendem as instituições como “regras do jogo”, para revisitar a história do sistema eleitoral brasileiro e práticas informalmente institucionalizadas no passado, como o coronelismo e o voto de cabresto e compreender o real desenho institucional de hoje. O voto eletrônico e a Justiça eleitoral foram identificadas como soluções singulares no contexto brasileiro para o passado de fraudes sucessivas institucionalizadas informalmente. Na pesquisa, o referencial teórico de capital social, cunhado por Putnam e Fukuyama, permitiu compreender a confiança/desconfiança no sistema eleitoral e vislumbrar perspectivas futuras na experiência democrática.

**Palavras-chave:** urnas eletrônicas; justiça eleitoral; capital social; Neoinstitucionalismo; instituições.

### ABSTRACT

After a past of electoral fraud and corruption, the introduction of electronic voting in Brazil and its gradual acceptance, consolidated electoral democracy in the country. However, this harmony began to crumble with the growing suspicion regarding this electoral model. This study aims to investigate distrust in electronic voting machines, as a factor for compromising the credibility of the electoral system in Brazil, as well as to elucidate the institutional transition from trust to disbelief in the electronic voting system, shaken by irritations of political actors linked to the elections, which led to clashes against the electoral results. Therefore, it was used the methodological framework of the Neo-institutional approach of North, Brink and Levitsky, who understand institutions as “rules of the game”, to revisit the history of the informally institutionalized electoral system in the past, such as the Brazilian coronelismo (halter vote) and in order to understand the real institutional design of today. Electronic voting and electoral justice were identified as unique solutions in the Brazilian context for the past of informally institutionalized fraud. In this research, the social capital theoretical framework, coined by Putnam and Fukuyama, allowed the comprehension of trust/distrust in the electoral system and envision future perspectives in the democratic experience.

**Keywords:** electronic voting machines; electoral justice; share capital; Neoinstitutionalism; institutions.

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).  
*analauramr01a@gmail.com*

\*\* Graduada em Direito pela UFPE.  
*lauragmuniz@hotmail.com*

\*\*\* Doutora em Direito pela UFPE. Pós-Doutora pelo Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg. Professora da UFPE.  
*flavianne@gmail.com*

Recebido em 20-12-2021 | Aprovado em 10-1-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 DESENHO INSTITUCIONAL ANTES DO SISTEMA ELEITORAL: A FRAUDE COMO INSTITUIÇÃO INFORMAL DA REALIDADE BRASILEIRA; 2 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO COMO ARRANJO INSTITUCIONAL DE SUPERAÇÃO ÀS FRAUDES ELEITORAIS; 3 O DESENHO INSTITUCIONAL DEPOIS DO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: CAPITAL SOCIAL, CONFIANÇA MÚTUA E COLABORAÇÃO; 4 DESENHO INSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: IRRITAÇÃO EXÓGENA E SOCIAL TRAP; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

A temática do sistema eleitoral é um tópico de suma relevância para o cenário nacional, não só diante do voto como expressão concreta da democracia, consoante o artigo 14 da Constituição Federal, mas também frente à importância desse mecanismo como transformador da realidade social. Desde que o Brasil adotou o modelo representativo de democracia e instituiu as votações, vários elementos eleitorais já foram alterados, a fim de suprimir as fraudes e consolidar a estrutura de governo. Em todas as fases dessa história conturbada, as eleições assumiram um papel de baliza das instituições, isto é, quanto mais efetivas e incorruptas fossem as eleições, mais fortes as instituições democráticas formais também se mostrariam.

Nesse sentido, com a instauração do voto eletrônico no Brasil e com a sua paulatina aceitação, a democracia eleitoral se encontrava consolidada, com um alto nível de confiança nas urnas e nos resultados que delas advinham. Contudo, esse contexto não permaneceu completamente estável, haja vista que, na contemporaneidade, atores políticos de proeminência nacional começaram a suscitar embates contra os resultados eleitorais, alegando fraudes às urnas, embora a ciência e a informática coadunassem a respeito do alto nível de segurança que esse sistema apresentava.

O presente artigo pretende, assim, investigar essa transição institucional de confiança para a descrença no sistema de urnas eletrônicas. A fim de atingir tal objetivo é preciso, inicialmente, entender a história do sistema eleitoral, apreender o passado de fraudes e corrupções como instituições informais e investigar como o sistema eleitoral brasileiro surge para superar tais realidades fraudulentas.

Para tal feito, a análise neoinstitucional fornece as ferramentas necessárias. Esse referencial, caro à ciência política, procura observar o real desenho institucional, ratificando a necessidade do estudo não só das instituições formais, como também das informais, o que representa uma forte associação com a temática apresentada na pesquisa, uma vez que as dimensões formal, do sistema eleitoral, e informal, de fraudes e, posteriormente, de confiança nas urnas, se atravessam nesse objeto. Dentre os estudiosos desse paradigma, foram tomados como aporte, principalmente, os trabalhos de Gretchen Helmke, Daniel Brinks e Steven Levitsky.

O capital social, compreendido como instituição informal, também é um conceito essencial ao presente estudo, pois possibilita a compreensão do desenho institucional em vigor

após a implementação do sistema eleitoral. Nesse sentido, foram utilizados, como base, sobretudo, os estudos desenvolvidos por Putnam e Fukuyama. Com tais contribuições, foi possível analisar os impactos dos movimentos contemporâneos de desconfiança para com o voto computado por meio eletrônico e traçar algumas perspectivas futuras.

## 1 DESENHO INSTITUCIONAL ANTES DO SISTEMA ELEITORAL: A FRAUDE COMO INSTITUIÇÃO INFORMAL DA REALIDADE BRASILEIRA.

A Justiça Eleitoral Brasileira que se apresenta nos dias de hoje é consequência da revolução de 1930 promovida por Getúlio Vargas, mas remonta a uma história ainda mais premente do que a do célebre marco varguista. Antes de 1930, as funções de fiscalização das eleições eram mais precárias, difusas nas juntas eleitorais, formadas nos diferentes estados. Essa estrutura carente de sofisticação recrudescia as práticas de corrupção eleitoral, intrínsecas ao sistema eleitoral brasileiro e que o acompanharam como um pilar sobre o qual a frágil democracia foi estabelecida.

O voto, embora secreto, desde a Constituição de 1891, era uma falácia, ao passo que os direitos políticos tornavam-se, cada vez mais, mecanismo de troca de favores, sobretudo entre os grandes proprietários de terra e seus candidatos, os quais usavam da população menos instruída como câmbio que retroalimentava o sistema. Ademais, a Carta brasileira contém conteúdo semelhante ao da Constituição dos Estados Unidos, denotava essa intenção de equiparar os dois estados, trazendo ao Brasil essa ideia, ainda que aparente, de democracia e força constitucional, quando na verdade tal realidade parecia longínqua<sup>1</sup>. Ocorria, assim, um forte descompasso entre a realidade pragmática eleitoral brasileira e a previsão constitucional.

Nessa senda, o Coronelismo foi, ao longo dos ensaios democráticos que o Brasil viveu, uma figura habitual, uma vez que a colonialidade, caracterizada pelas “relações assimétricas de poder, ao mesmo tempo que a participação ativa da diferença colonial na expansão do circuito comercial do Atlântico constituído através dos séculos como Ocidente ou civilização ocidental”<sup>2</sup>, está presente em diversas esferas.

Havia uma relação mantida entre grandes senhores das terras, chamados “coronéis” e a massa trabalhadora, marcada por traços de exploração e opressão, mesmo ao final do século XIX, essa influência se expressou nas urnas, enfaticamente na esfera municipal. Sob a ótica da análise neoinstitucional, o coronelismo pode ser interpretado como instituição informal da realidade eleitoral brasileira, no sentido de que orienta o comportamento dos indivíduos por intermédio de mecanismos de incentivo e constrangimento<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1994, p. 181.

<sup>2</sup> MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade in LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set., p. 33-49, 2005, p. 44.

<sup>3</sup> NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic performance*. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

A inter-relação é importante. Como afirma North<sup>4</sup>, as instituições podem ser compreendidas e analisadas como “regras” em um jogo competitivo, direcionando os “jogadores” ao alcance de um objetivo. Tais “regras do jogo”, expressariam sua influência por intermédio de constrangimentos ou incentivos de natureza formal ou informal. Enquanto aqueles são veiculados através dos canais oficiais do Estado, esses não encontrariam tal paralelo. O coronelismo brasileiro, assim, utilizando-se de mecanismos de punição e opressão individual, não justificáveis nos veículos formais do Estado seria uma instituição informal brasileira.

Segundo Victor Nunes Leal<sup>5</sup>, tal regra do jogo informal, teria por definição um sistema de política de dominação em que um chefe político local, influente e grande possuidor de terras – o coronel –, induz o eleitorado de sua região a votar nos candidatos por ele escolhidos em troca de favores, prestígio ou cargos públicos. Assim, havia pouca ou quase nenhuma alternância de poder, posto que os mesmos candidatos permaneciam favorecidos por esse sistema, bem como a democracia, sustentada também através dos direitos políticos, configurava letra morta.

O poder concentrado na figura dos coronéis, alimentado por pelos mecanismos de opressão e punição resultava nos chamados “Votos de cabresto”, nos quais os eleitores eram compelidos através de ameaças e violências a votarem nos candidatos de interesse dos latifundiários de sua região. Ainda de acordo com Leal<sup>6</sup>, esse coronel exerceria uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, podendo criar rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. “O voto secreto, antes da instauração da modalidade a descoberto, em 1904, existia apenas na letra da lei, pois o eleitor era compelido a revelar o seu voto logo após o procedimento”<sup>7</sup>.

O coronelismo, como instituição informal do cenário eleitoral brasileiro, ademais, atingiria um âmbito não só municipal, como também estadual, diante de sua característica de reciprocidade em que os chefes municipais e os “coronéis”, que conduzem os eleitores como fantoches estão de um lado e do outro “a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça”<sup>8</sup>.

Dessa forma, a esfera de abrangência do coronelismo não se limitava às fronteiras municipais, configurando-o como uma verdadeira instituição do sistema político e eleitoral brasileiro, atingindo seus fins de fraude e violação eleitoral de modo eficaz, sendo considerada uma instituição informal forte. Como afirmam Brinks, Levitsky e Victoria<sup>9</sup>, analisar a força de uma instituição significa verificar se as práticas exigidas ou proibidas pela instituição estão realmente se manifestando na realidade pragmática, ou seja, no real desenho institucional.

<sup>4</sup> NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic performance*. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006

<sup>5</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Companhia das letras, 1948.

<sup>6</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Companhia das letras, 1948, p. 24.

<sup>7</sup> JACOB, João Paulo Ramos; FONSECA, Maíra Silva Marques da. Aspectos históricos do processo de criação da Justiça eleitoral no Brasil: Republicanismo, Tenentismo e Coronelismo. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 117-147, jan./abr., 2021, p. 156.

<sup>8</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Companhia das letras, 1948, p. 34.

<sup>9</sup> BRINKS, D.; LEVITSKY, S.; VICTORIA, M.;. Understanding institutional weakness. Cambridge: Cambridge University, 2019. p. 9-10.

Instituições fortes conseguem, eficazmente, atingir seus objetivos institucionais por intermédio dos seus mecanismos, ao passo que instituições fracas não moldam o comportamento dos indivíduos de modo suficientemente satisfatório. A força institucional assim, não possui relação com seu caráter formal ou informal, mas sim como ela se manifesta, atingindo ou não seus objetivos<sup>10</sup>. Conseguindo moldar eficazmente o contexto eleitoral brasileiro, o coronelismo se expressava de maneira fortemente institucional.

É interessante pontuar, também, que as instituições não se manifestam de modo isolado no real desenho institucional, isso é, na realidade pragmática. Instituições interagem com as preferências individuais e organizacionais. Da mesma maneira que as instituições, formais ou informais, moldam o comportamento dos jogadores (indivíduos e organizações), os jogadores também as alimentam, com suas preferências, valores, culturas<sup>11</sup>. Além dessas interações entre indivíduos, organizações e instituições, as instituições, por si próprias, também interagem, podendo, juntas, reforçarem um objetivo institucional em comum (influência positiva) ou dificultarem o alcance de tais objetivos (influência negativa).

Levitsky e Helmke<sup>12</sup>, tendo ciência das diferentes maneiras as quais as instituições podem interferir no real desenho institucional, desenvolveram interessante classificação que não só sistematiza as possíveis interações como facilita a compreensão e investigação dos arranjos institucionais. Nesse sentido, os autores diferenciam, inicialmente, as interações institucionais entre convergente e divergentes. As primeiras refletem uma realidade de compatibilidade entre os objetivos institucionais das instituições em voga. Instituições convergentes podem atuar de diferentes maneiras, mas convergem para o mesmo fim. Por outro lado, o autor também ressalta a existência de interações divergentes, isto é, interações que emergem de instituições com objetivos distintos. Aplicando a categoria desenvolvida ao caso do coronelismo brasileiro, observa-se uma verdadeira relação de divergência.

Como foi visto, o coronelismo eleitoral, apesar de possuir força institucional e moldar o comportamento dos indivíduos de modo eficaz, não estava constitucionalmente previsto na Carta Magna brasileira ou em outros veículos oficiais do Estado, sendo identificado como instituição informal da realidade brasileira. Como regra do jogo informal, o coronelismo moldava o comportamento dos indivíduos na direção das fraudes eleitorais e manipulação do voto, conseguindo satisfatoriamente atingir tal fim. Ao interagir com as regras do jogo formais, que previam a autonomia do eleitorado e a lisura das eleições, o coronelismo atuava de modo divergente, descompassado.

A classificação ainda fornece arcabouço para uma investigação mais profunda dessa interação. Segundo os autores, as instituições divergentes podem se manifestar por acomodação ou competição. Na acomodação, “as instituições informais contrariam o espírito (a fi-

<sup>10</sup> BRINKS, D.; LEVITSKY, S.; VICTORIA, M.;. Understanding institutional weakness. Cambridge: Cambridge University, 2019. p. 9-10

<sup>11</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013.

<sup>12</sup> HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. *Informal institutions & democracy: lessons from latin américa*. The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 6.



nalidade) das regras do jogo formal, sem, todavia, violar a letra da lei (regras do jogo formal)”<sup>13</sup>. Ocorre quando as instituições formais são fortes, ao passo que as instituições informais são fracas. Já na competição, caso do coronelismo, instituições formais fracas interagem com instituições informais fortes (coronelismo). Essas, devido a sua força institucional, conseguem moldar mais eficazmente o comportamento dos jogadores que as instituições formais.

O arranjo institucional em vigor, assim, era de competição entre as práticas fraudulentas, informais, e a previsão formal de lisura, prevista nas regras do jogo formal. Não conseguindo se manifestar propriamente no real desenho institucional, as regras formais, previstas constitucionalmente, que asseguravam a liberdade do voto eram prejudicadas pela força institucional do coronelismo, instituição informal.

O voto a descoberto, inaugurado no início do século XIX, por sua vez, endossou ainda mais esse arranjo, visto que também se manifestam como instituições informais que atuam em prol da fraude eleitoral. O eleitor assinava duas cédulas, depositava uma delas na urna, e a outra guardava consigo, e poderia ser requisitada pelos cabos eleitorais do candidato. Assim, só fomentou a prática eleitoral do voto de cabresto, pois, garantia ao coronel de forma documentada que o eleitor havia cumprido com sua parte no esquema fraudulento.

Além desses dois formatos relacionados e conhecidos, outras fraudes foram documentadas por historiadores que investigam a temática. Os desenhos institucionais são formados, em verdade, por um conjunto de regras do jogo, isto é, instituições, que, interagindo, constituem os arranjos institucionais. Nesse contexto, apesar da manifestação proeminente do coronelismo, também era possível perceber outros arranjos dentre os quais estão o “bico de pena”<sup>14</sup> e a “degola”.

O primeiro consistia na falsificação de assinaturas nas atas eleitorais, e também dos nomes que eram depositados nas urnas. Contudo, quando essa adulteração era insuficiente, e o candidato de interesse não atingia os votos necessários para se eleger, praticava-se, ainda, a degola. Essa segunda prática, se caracterizava pelo não reconhecimento do diploma eleitoral do candidato eleito, por parte da Comissão de Verificação.

O diploma eleitoral é um documento emitido após a eleição, quando apurados os votos, e visa certificar a legitimidade do eleito para a posse no cargo que disputou, bem como sua legitimidade para representar a população da circunscrição eleitoral pela qual se elegeu. Havia, ainda, a prática do “Voto formiguinha” que consistia na:

Captura de uma cédula oficial pelo cabo eleitoral, através da inserção de uma cédula falsa na urna. A cédula verdadeira era entregue preenchida para o próximo eleitor e assim sucessivamente, garantindo de maneira inequívoca a votação dos candidatos de interesse.<sup>15</sup>

As instituições informais fraudulentas eram variadas e sofisticadas, convergindo para que a eleição se convertesse na renovação de poder daqueles que o detinham e desejavam permanecer em sua posse. Interagindo de modo convergente, isso é, para atingir a mesma

<sup>13</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013.

<sup>14</sup> O nome advém das penas utilizadas para escrever, utilizadas à época.

<sup>15</sup> GASTALDI, Helio; ROSENDO, Rosi. Urna eletrônica no Brasil: mudanças no processo eleitoral e no comportamento dos eleitores. *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, v. 2, n. 2, 2012, p. 73-107, p. 82.

finalidade teleológica, tais instituições consolidaram um verdadeiro contexto de fraude eleitoral institucionalizada. O voto a descoberto foi retirado da legislação brasileira em 1930, com a criação da justiça eleitoral, mas tais instituições não deixaram de fazer parte da conjuntura no país, sobretudo nos municípios de menor expressividade, em que a figura dos coronéis permanece afligindo o exercício do sufrágio.

Em troca de quaisquer bens ou vantagens, se praticam fraudes, especialmente nas áreas mais pobres do país, como as periferias das grandes cidades e as zonas rurais dos municípios interioranos, onde a extrema pobreza e a desigualdade social trabalham contra a liberdade do eleitor<sup>16</sup>.

Por essa razão, a Justiça eleitoral brasileira, ao longo dos anos, passou a sofrer inúmeras adaptações, com o intuito de evoluir na medida em que as instituições fraudulentas também se aprimoraram, de sorte que, ao final do século XX, após o reestabelecimento da democracia, as Urnas eletrônicas entraram em fase de teste e nas eleições de 2000 foram definitivamente adotadas. Como se verá adiante, elas surgem como regra do jogo formal, para combater as instituições informais de fraude pré-existentes.

## 2 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO COMO ARRANJO INSTITUCIONAL DE SUPERAÇÃO ÀS FRAUDES ELEITORAIS.

Tendo em vista essa realidade de subseqüentes fraudes e violações presentes na história das eleições brasileiras, passou a ocorrer a paulatina criação de instituições formais que confrontassem essas estruturas corruptivas. A decadência da estrutura coronelista [...] se deu de forma irregular no país, variando de acordo com a região alcançada por uma evolução social cuja uniformização sempre foi prejudicada pela extensão territorial do Brasil e a concentração de investimentos em determinadas regiões e municípios<sup>17</sup>. Nesse sentido, a superação do desenho institucional fraudulento, mesmo que de forma gradual, não pode ser dissociado da implementação das instituições formais que irão compor o chamado “arranjo institucional formal eleitoral”.

Essa modificação, todavia, não foi instantânea. Para que culminasse no órgão sofisticado e relevante, com o qual convivemos, foram necessários subseqüentes diplomas legais. Assis Brasil, responsável pela criação do Código eleitoral de 1932, defende que o Brasil é o primeiro país no mundo a fazer um Código Eleitoral e a tornar a Justiça independente do poder

<sup>16</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; LIMA, Renan Saldanha de Paula. Resquícios do coronelismo no processo político-eleitoral do século XXI: a captação ilícita de sufrágio na jurisprudência do Tribunal Regional do Ceará. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, dez., 2016, p. 114.

<sup>17</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; LIMA, Renan Saldanha de Paula. Resquícios do coronelismo no processo político-eleitoral do século XXI: a captação ilícita de sufrágio na jurisprudência do Tribunal Regional do Ceará. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, dez., 2016, p. 110.

Executivo, e, para ele, essa justiça especializada independente do poder político é a melhor força para se controlar quem entra e quem sai desse poder<sup>18</sup>.

Nesse mesmo sentido, a primeira lei Eleitoral, ou seja, instituição formal eleitoral brasileira, que se tem registro é a de 1881, redigida por Rui Barbosa e ficou conhecida como Lei Saraiva. Essa lei tinha como principal objetivo a moralização das eleições, a partir da criação do título de eleitor<sup>19</sup>. Embora estivesse preocupada com as fraudes, esse dispositivo não foi capaz de saná-las. Em janeiro de 1892 surge a legislação de número 35, que teve como principal paradigma a instituição do voto limitado e a limitação de um distrito eleitoral pelo quantitativo de três deputados.

Art. 36. Para a eleição de deputados, os Estados da União serão divididos em distritos eleitoraes de tres deputados, equiparando-se aos Estados, para tal fim, a Capital Federal.

Ademais, estabeleceu critérios até hoje utilizados para elegibilidade do presidente: maior de 35 anos, brasileiro nato e em plena posse de seus direitos políticos. Já no ano seguinte, em 1893, consoante o preceituado na referida lei, os distritos federais foram divididos, a fim de proporcionar a eleição dos deputados federais. Vale salientar que tal formatação visava conferir mais representação às classes minoritárias<sup>20</sup>. Em contrapartida a esse ímpeto aparentemente democrático, a Lei de número 426, de 7 de dezembro de 1896 determinou a modalidade de voto à descoberto, na qual:

Art. 8º Será licito a qualquer eleitor votar por voto descoberto, não podendo a Mesa recusar-se a acceital-o.

Paragrapho unico. O voto descoberto será dado, apresentando o eleitor duas cedulas, que assignará perante a Mesa, uma das quaes será depositada na urna e a outra lhe será restituída depois de datada e rubricada pela Mesa e pelos fiscaes.

Esse dispositivo, é alvo de fortes críticas até hoje, uma vez que fomentou ainda mais as práticas, aqui já apresentadas, de voto de cabresto. Ainda que tal prerrogativa tenha sido colocada como uma opção ao eleitor, as conhecidas barganhas entre votos e favores poderiam, a partir deste momento, ser autenticadas<sup>21</sup>.

Há que se falar, ainda, da célebre Lei Rosa e Silva, cujas diretrizes revogaram parte da lei de 1892, supracitada, e anteriores. Entre as principais itens dessa legislação, destacam-se: o fim do voto *ex officio* – ou seja, o alistamento deveria ser requisitado pelo indivíduo que o

<sup>18</sup> VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e História da Justiça Eleitoral. *Anais eletrônicos...do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo - SP, 2011.*

<sup>19</sup> VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e História da Justiça Eleitoral. *Anais eletrônicos...do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo - SP, 2011.*

<sup>20</sup> JACOB, João Paulo Ramos; FONSECA, Maíra Silva Marques da. Aspectos históricos do processo de criação da Justiça eleitoral no Brasil: Republicanismo, Tenentismo e Coronelismo. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 117-147, jan./abr., 2021, p. 147.

<sup>21</sup> VISCARDI, Cláudia Maria R. Voto, representação política e soberania popular na república brasileira. *Estudos Ibero-Americanos*, v. 41, n. 1, p. 14-39, jan./jun., 2015, p. 29.

desejasse -; o voto cumulativo – segundo o qual na eleição geral da câmara cabia ao eleitor escrever o nome de seu candidato na proporção que quisesse que o mesmo fosse eleito; o fim do voto secreto como regra, que deixa de existir e passa a compor uma faculdade do eleitor, e, por fim, o aumento na quantidade de deputados a ser eleito por distrito, deixando de variar entre três e cinco, para orbitar entre cinco e sete. Outrossim, destaca-se a Lei n. 2.419 de 1911 e a 3.139 de 1916, as quais se debruçaram, respectivamente sobre as inelegibilidades e a forma de requerimento dos iminentes eleitores, para a realização de seu alistamento. Em 1916, volta a ser de responsabilidade do Poder Judiciário o alistamento, ao contrário do disposto na Lei Rosa e Silva, além da

Flexibilização da qualificação eleitoral, [...] ao determinar que o eleitor deveria provar apenas o “exercício de indústria ou profissão ou de posse de renda que assegure a subsistência mediante qualquer documento admissível em juízo” e não mais passar por um custoso processo para comprovação de renda <sup>22</sup>.

É mister, nesse contexto, destacar essa íntima relação entre o Judiciário e o aparelho eleitoral do Estado brasileiro, posto que tal dinâmica compõe hoje o cerne da Justiça eleitoral do País, a qual se desenvolve de forma adjacente a esse poder.

Jacob e Fonseca<sup>23</sup> ressaltam que, embora as temáticas eleitorais antes de 1930 fossem alvo de consecutivas alterações legislativas, essas não foram capazes de alterar efetivamente as instituições informais de corrupção, que se fortalecem no País. Isto é, embora diversas leis tenham sido criadas e postas em vigor, não alteraram de forma eficaz o *modus operandi* das eleições, que contava com sucessivas e diversificadas fraudes, bem como violações expressivas dos direitos políticos, até o momento, pouco desenvolvidos.

A análise neoinstitucional compreende as relações entre indivíduo e instituição de modo dinâmico: enquanto as instituições moldam o comportamento humano, os indivíduos alimentam as instituições com seus valores, escolhas políticas e cultura. Essa interpretação, entendida como “meso-análise” <sup>24</sup> também representa ponto crucial de diferenciação entre a análise neoinstitucional e as análises antecessoras; que, ou se empenhavam apenas na atuação individual, ou apenas na influência institucional.

No contexto aqui apresentado, torna-se clara a importância de uma convergência entre a dimensão informal e a formal, pois, as instituições formais sozinhas, não são capazes de alterar o real desenho institucional em vigor. Essa percepção, no que tange a temática eleitoral é fundamental, pois, mesmo com os esforços do judiciário em legislar contra as deficiências do sistema de votação, a corrupção continuou existindo e desenhando a história do País, visto que a instituição informal sempre foi mais robusta.

<sup>22</sup> JACOB, João Paulo Ramos; FONSECA, Máira Silva Marques da. Aspectos históricos do processo de criação da Justiça eleitoral no Brasil: Republicanismo, Tenentismo e Coronelismo. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 117-147, jan./abr., 2021, p. 8.

<sup>23</sup> JACOB, João Paulo Ramos; FONSECA, Máira Silva Marques da. Aspectos históricos do processo de criação da Justiça eleitoral no Brasil: Republicanismo, Tenentismo e Coronelismo. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 117-147, jan./abr., 2021.

<sup>24</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013, p. 92.

O Código eleitoral de 1932 foi precursor desse movimento em direção ao voto eletrônico no País, visto que, em seus artigos referentes à contagem de votos menciona a “máquina de votação”, ainda que a época ela fosse apenas uma abstração.

Art. 85. Terminada a votação, o presidente encerrará o ato eleitoral com as seguintes providências:

- a) selará a máquina, ou a abertura da urna, com uma tira de papel forte, que levará sua assinatura, bem como a dos fiscais de candidatos e delegados de partidos, os quais também poderão apor suas impressões digitais na tira.

Todavia, essa “máquina”, só veio a se concretizar anos depois, e não há registro de experiência anterior àquela utilizada até o presente momento, no modelo conhecido que sofreu poucas alterações ao longo de sua história. Foi somente em 1985, que esse capítulo foi efetivamente iniciado na história do Direito eleitoral brasileiro.

Até então, não havia registro dos alistados ao voto, o que acarretava uma dificuldade de coleta de dados bastante relevante. A partir deste ano, foram consolidados e automatizados os cadastros únicos, dos cerca de 70 milhões de eleitores. Este foi o início de uma nova era para o sistema de votação brasileiro, pois além de inviabilizar a inscrição de um mesmo eleitor em mais de um estado da federação – agora com os dados unificados, também fomentou a instalação de um parque computacional próprio para o TSE e demais órgãos eleitorais nos estados, além da implementação de uma rede de transmissão de dados, interligando todo esse parque computacional<sup>25</sup>

Após esse cadastramento, outras instituições foram desenvolvidas para combater as fraudes eleitorais. Em 1994 houve um caso emblemático de fraude na contagem de votos no Rio de Janeiro, que implicou na necessidade de novas eleições. Esse momento foi o estopim para que providências mais robustas fossem tomadas no âmbito da Justiça eleitoral. A partir desse ano, o TSE formou uma comissão com juristas e políticos, que elaboraram o projeto de lei que estabeleceu o voto eletrônico. O projeto transformou-se efetivamente na Lei 9.100 de 29 de setembro de 1995.

Antes de 1996, os eleitores votavam escrevendo o nome do candidato. Desde então, um dos objetivos do TSE passou a ser a construção de uma urna eletrônica, mais especificamente um equipamento, similar a um computador [...] fácil interação com os votantes e ser totalmente lacrada, impedindo o acesso às memórias internas do equipamento. Além disso, ao invés de um teclado com várias opções, esperava-se algo mais simples, objetivo e inclusivo (e.g. algo capaz de viabilizar o voto de analfabetos e deficientes visuais)<sup>26</sup>

Assim, com sua eficiência comprovada, o próximo obstáculo seria atestar a segurança desse processo, que foi possível diante das comissões avaliadoras compostas por cientistas de

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Por dentro da urna*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: TSE, 2010. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/hotSites/urnaEletronica/pordentrodaurna.html>. Acesso em: 12 de nov. de 2021.

<sup>26</sup> FERRÃO, Isadora Garcia, et al. Urnas eletrônicas no Brasil: linha do tempo, evolução e falhas e desafios de segurança. *Revista Brasileira de Computação Integrada*, v. 11, n. 2, p. 1-12, jul., 2019, p. 3.

áreas como Segurança da Informação, Engenharia Eletrônica, Ciências da Computação e Informação, Direito e Economia<sup>27</sup>. Além disso, foi instaurado o mecanismo da votação paralela, na qual há um sorteio de urnas para a conferência dos resultados.

Com todas essas prerrogativas de segurança e inclusão, o próximo passo que a Justiça eleitoral deveria ter seria o engajamento da população com o novo formato que as eleições viriam a apresentar. Então, houve um forte esforço publicitário na televisão e nos jornais, além da divulgação nas escolas e demais ambientes de circulação de pessoas, a fim de que a população se informasse e compreendesse bem como funcionaria a nova estrutura de votação, visto que era algo inédito e os recursos digitais e computadores ainda não eram tão disseminados à época.

Toda a comoção movida em prol desse novo sistema que se iniciava na história eleitoral surtiu efeito, conforme os estudos de Tavares<sup>28</sup>, o sucesso das urnas eletrônicas era nítido entre a população. Ademais, em um comparativo com os demais países, o Brasil proporcionava uma celeridade ímpar na divulgação de seus resultados, fator de orgulho para o País. Quanto à aprovação e facilidade da urna eletrônica, vale rever a pesquisa realizada pela Sensus Pesquisa e Consultoria após as eleições de 2010<sup>29</sup>, que reportou aprovação de 94,4% dentre os entrevistados.

Ainda segundo a pesquisa mencionada, o sucesso – até o momento – do processo eleitoral eletrônico na experiência brasileira também decorria do êxito de seu órgão gestor, pois, desde a criação da Justiça eleitoral, o controle foi jurisdicional. Sendo assim, por se tratar de uma justiça especializada voltada unicamente para o sistema eleitoral, se tornou uma organização com reputação ilibada perante a sociedade.

Com isso, as instituições formais tinham uma repercussão positiva e efetividade na realidade fática. O Estado dirigia o processo eleitoral com competência fática e jurídica, gerando rápidas respostas à sociedade, que retribuía com confiança e se submetia à pacificação dos ânimos que naturalmente se acirravam pelas divergências eleitorais<sup>30</sup>. Nessa senda, ainda que as eleições suscitassem debates e até embates fervorosos, havia uma confiança compartilhada no sistema eleitoral brasileiro.

A população confia e legitima as eleições brasileiras e sem essa confiança prévia, o sucesso da implantação da urna eletrônica ficaria ainda mais distante já que [...] ela transforma-se imediatamente em dados imateriais que ficam sob a custódia exclusiva do órgão controlador, por isso demanda uma confiança ainda mais acentuada do que nas eleições por cédulas<sup>31</sup>

<sup>27</sup> TAVARES, André Ramos; MOREIRA, Diogo Rais R. O voto eletrônico no Brasil. *Estudos eleitorais*, v. 6, n. 3, p. 9-32, set./dez., 2011, p. 16.

<sup>28</sup> TAVARES, André Ramos; MOREIRA, Diogo Rais R. O voto eletrônico no Brasil. *Estudos eleitorais*, v. 6, n. 3, p. 9-32, set./dez., 2011.

<sup>29</sup> TSE. Disponível em: [http://www.tse.gov.br/internet/institucional/arquivo/Relatorio\\_Sensus\\_Fields\\_TSE.pdf](http://www.tse.gov.br/internet/institucional/arquivo/Relatorio_Sensus_Fields_TSE.pdf). Acesso em: 11 de nov. de 2021.

<sup>30</sup> TAVARES, André Ramos; MOREIRA, Diogo Rais R. O voto eletrônico no Brasil. *Estudos eleitorais*, v. 6, n. 3, p. 9-32, set./dez., 2011.

<sup>31</sup> TAVARES, André Ramos; MOREIRA, Diogo Rais R. O voto eletrônico no Brasil. *Estudos eleitorais*, v. 6, n. 3, p. 9-32, set./dez., 2011, p. 23.

Para Straub apud Nóbrega<sup>32</sup> quanto mais elevado o nível de confiança numa comunidade, maior a probabilidade de haver cooperação. A confiança promove redes de cooperação e a própria cooperação gera confiança. Os indivíduos, interagindo dialeticamente com os arranjos institucionais e confiando na segurança e efetividade do sistema eleitoral brasileiro, passam, por si próprios, a cooperar, aceitando e respeitando os resultados das eleições. Esse contexto de confiança mútua recebe o nome de capital social, e passa a representar o desenho institucional após a implementação completa do sistema eleitoral brasileiro.

### 3 O DESENHO INSTITUCIONAL DEPOIS DO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: CAPITAL SOCIAL, CONFIANÇA MÚTUA E COLABORAÇÃO

A terminologia conhecida como “capital social” está atrelada a diversas áreas do conhecimento, expressando, assim, um número significativo de definições e aplicações pragmáticas e teóricas. Muito do que se entende por capital social surgiu com o pesquisador Robert Putnam<sup>33</sup>. Putnam, buscando compreender os impactos da descentralização política na Itália, investigou, por quase duas décadas, as disparidades políticas, sociais e econômicas encontradas no Norte e no Sul italiano. Para o estudioso, a nova política de descentralização teria sido implementada de modo uniforme por todo país, o que desencadeou uma série de questionamentos a respeito dos diferentes resultados encontrados, a depender da região analisada.

Alcança-se, assim, uma das ideias primordiais do pensamento político neoinstitucional contemporâneo; a noção de que os desenhos institucionais, por mais bem desenhados que sejam, dependem (e sofrem) de influências intrínsecas a sua realidade pragmática de aplicação. Em suas investigações, Robert Putnam percebeu que o Norte italiano se adaptou muito bem às novas configurações institucionais, sabendo aproveitar os aspectos mais positivos da nova política. Boa parte dessa adaptação estaria justificada nas fortes redes de cooperação cívica presente no território, algo que não estava tão presente nas províncias mais ao sul da península italiana. Putnam usa a terminologia “capital social” para descrever tais redes de contribuição.

Dos estudos realizados por Putnam, até os dias atuais, muito se somou ao debate em torno do capital social. O Banco Mundial, na década de 90, passou a diferenciar os diversos tipos de “capital” presentes em um país, identificando o capital social atrelado à noção de “capacidade de uma sociedade de estabelecer laços de confiança interpessoal e redes de cooperação com vistas à produção de bens coletivos”, interligando-se com as “instituições, relações e normas sociais que dão qualidade às relações interpessoais em uma dada sociedade”<sup>34</sup>.

Sob a perspectiva econômica e liberal típica da sua configuração, a organização ressalta a relevância do capital social para o desenvolvimento econômico das nações, entendendo-o como um conjunto de normas, relações e instituições que modelam a qualidade das

<sup>32</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013. Editora Ideia, 2013. p. 105.

<sup>33</sup> PUTNAM, Robert D. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

<sup>34</sup> ARAUJO, Maria Celina. *Capital Social*. 2a edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 5.

interações sociais da sociedade<sup>35</sup>. O capital social possui natureza institucional, informal, contribuindo para com as regras do jogo formais.

As instituições são as regras do jogo que, dialeticamente, influenciam no comportamento dos jogadores (indivíduos e organizações); o capital social, nas palavras da cientista política Maria Celina D’Araujo<sup>36</sup> é a “argamassa que mantém as instituições em contato entre si e as vincula ao cidadão visando à produção do bem comum.” Sociedades com elevado capital social possuem elevadas redes de confiança interindividuais, o que potencializa a adesão social quanto aos mecanismos institucionais democráticos.

Se esperam que os outros se comportem confiável e honestamente, os membros do grupo acabarão confiando uns nos outros. A confiança age como lubrificante levando qualquer grupo ou organização a funcionar com eficiência<sup>37</sup>.

Quando falamos da consolidação dos regimes democráticos, essa realidade não é diferente. Nas palavras de Putnam “criar capital social não será fácil, mas é fundamental para fazer a democracia funcionar”<sup>38</sup>. O capital social, assim, atua como legítima instituição informal, moldando o comportamento individual por intermédio das redes de confiança mútua<sup>39</sup>, que, por sua vez, reforçam as regras formais democráticas, tornando-as mais fortes.

Quando falamos especificamente no caso do sistema democrático brasileiro, o contexto não foge à regra: a consolidação de uma confiança mútua entre os indivíduos para com a credibilidade das instituições eleitorais serve como subsistência para a aceitação dos resultados eleitorais, sendo eles favoráveis ou não às suas pretensões individuais de voto. O reconhecimento coletivo da efetividade e segurança do sistema eleitoral nacional incentivava institucionalmente os indivíduos e organizações a colaborarem mutuamente, instituindo um verdadeiro cenário de capital social e colaboração eleitoral.

Ocorreu, assim, a consolidação de um novo arranjo institucional; identificado pela previsão formal de respeito e lisura ao voto do eleitorado e reforçado, informalmente, pelas redes de confiança e cooperação vivenciada mutuamente entre os eleitores e as organizações do sistema eleitoral.

Essa realidade extremamente favorável para os fins do sistema eleitoral nacional, reforça a força institucional das instituições formais eleitorais, tornando-as extremamente eficientes. Esse reforço, todavia, não é imutável. A da relativa estabilidade de tal contexto colaborativo, todavia, não o isenta de ameaças. Contemporaneamente, uma série de irritações exógenas e antidemocráticas passaram a comprometer e desestabilizar esse desenho institucional benéfico.

<sup>35</sup> RIBEIRO, Lilian; ARAUJO, Jair. Capital social e pobreza no Brasil. *Revista de Economia Política*, vol. 38, nº 4 (153), pp. 749-765, outubro-dezembro/2018

<sup>36</sup> ARAUJO, Maria Celina. *Capital Social*. 2a edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 5.

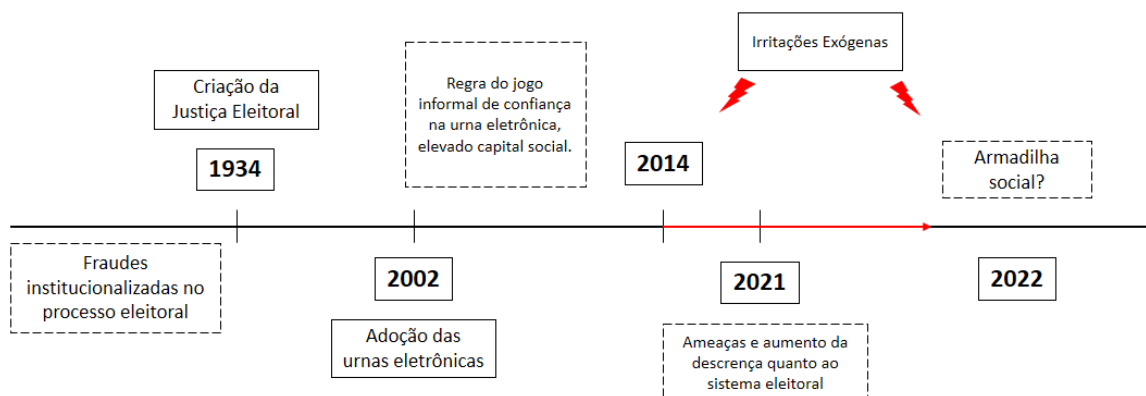
<sup>37</sup> FUKUYAMA, Francis. *Capital Social*. In: A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. São Paulo: Record, 2002, p. 155.

<sup>38</sup> PUTNAM, Robert. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. 5a edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

<sup>39</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013. Editora Ideia, 2013. p. 109.



Figura 1: desenhos institucionais eleitorais ao longo do tempo



Fonte: elaborada pelas autoras

#### 4 DESENHO INSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: IRRITAÇÃO EXÓGENA E A ASCENSÃO DA DESCRENÇA

Logo nos primeiros anos de implementação do voto eletrônico, antes mesmo da realização da primeira votação nacional 100% eletrônica, o Brasil já enfrentava uma série de debates em torno da legitimidade e segurança das recém adotadas urnas eletrônicas. O primeiro caso que se tem notícia, ao menos formalmente, possui como protagonista um político atrelado à esquerda nacionalista, fundador do Partido Democrático Trabalhista (PDT), e aliado dos antigos presidentes Getúlio Vargas e João Goulart: Leonel de Moura Brizola. Essas manifestações não representam ameaças ao desenho institucional de colaboração, no entanto, como se verá à frente, deram base às irritações exógenas contemporâneas, que ameaçam o contexto de capital social tão caro ao funcionamento do sistema eleitoral.

Candidato à Prefeitura do Rio de Janeiro, Leonel Brizola questionou, já nos anos 2000, o caráter democrático das eleições eletrônicas. Utilizando-se de grandes veículos midiáticos no Rio Grande do Sul, o político afirmou que a mudança eleitoral realizada, de abandono do voto impresso e implementação das urnas, representou uma remoção do “caráter democrático” das eleições, tornando-as mais “vulneráveis à fraude”, levantando questionamentos quanto à segurança do novo sistema<sup>40</sup>. Brizola ainda fez menção a outros argumentos, mais conspiratórios, envolvendo a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e a Justiça eleitoral; segundo o candidato, o órgão teria acesso a uma espécie de software capaz de infiltrar-se em todas as urnas eletrônicas<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> SOUZA, Carlos. Leonel Brizola critica eleição informatizada. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u7240.shtml>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

<sup>41</sup> SOUZA, Carlos. Leonel Brizola critica eleição informatizada. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u7240.shtml>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

Segundo os dados oficiais do Datafolha, divulgados à época, o político possuía apenas 9% das intenções de voto quanto à prefeitura carioca<sup>42</sup>. Leonel, perante tais informações, “denunciou” a existência de manobras no jogo político realizado pelos adversários, que seriam potencializadas pelo sistema eletrônico, tendo em vista “a perda do direito à recontagem”. Para Brizola, as pesquisas eleitorais também estariam equivocadas visto que o mesmo defendia estar em segundo lugar nas intenções de voto, e não em quarto, como exibia o ranking Datafolha<sup>43</sup>.

Nota-se, assim, um interessante paralelo entre as pesquisas eleitorais e os discursos de deslegitimação do sistema eletrônico de voto. Esse paralelo, todavia, não se esgota na no contexto em torno de Brizola. Na verdade, ocorre justamente o oposto: é nas declarações de Brizola que presenciamos a gênese de uma série de manifestações que irão repercutir alguns anos depois. O senador Roberto Requião, já iniciando essa tendência, chegou a apresentar um protótipo de urna eletrônica capaz de realizar uma impressão automática dos votos, possibilitando a contagem e verificação em caso de suspeita de fraude<sup>44</sup>. É em 2014 todavia, que as manifestações de descredibilidade do sistema eleitoral brasileiro passam, realmente, a ameaçar o contexto duramente consolidado de capital social e confiança mútua.

Em 2014, o então candidato à presidência da República, o político Aécio Neves, também foi centro de um debate em torno da integridade do voto eletrônico ao questionar, publicamente, os resultados das eleições. Seu partido, o PSDB, chegou a ajuizar ação perante o Tribunal Superior Eleitoral solicitando uma auditoria visando a verificação da “lisura” da eleição<sup>45</sup>. Na ocasião, o partido, argumentando que a auditoria serviria para esclarecer a credibilidade do processo eleitoral brasileiro, solicitou acesso aos registros técnicos sobre a operacionalização dos votos no segundo turno da disputa eleitoral.

O questionamento foi afastado, cerca de um ano depois, pelo Tribunal Superior Eleitoral. Na ocasião, o então ministro, Dias Toffoli<sup>46</sup>, se manifestou sobre relatório de alegação de fraude apresentado pelo PSDB, enfatizando que “o documento confirma que não foi verificada nenhuma evidência de que houve adulteração de programas, de votos ou mesmo qualquer indício de violação ao sigilo do voto no pleito do ano passado”. Mesmo com essa manifestação a respeito da segurança do sistema eleitoral brasileiro, as declarações proferidas por Aécio desencadearam fortes efeitos no contexto nacional.

Segundo a pesquisadora e antropóloga Isabela Kalil, as declarações realizadas pelo PSDB, em 2014, acenderam “no país a desconfiança dos eleitores e a discussão de propostas

<sup>42</sup> FOLHA DE S. PAULO. Brizola ataca urna eletrônica e defende volta das cédulas de papel. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u7686.shtml>. Acesso em: 15 de dez. de 20221.

<sup>43</sup> SOUZA, Carlos. Leonel Brizola critica eleição informatizada. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u7240.shtml>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

<sup>44</sup> SENADO NOTÍCIAS. Requião apresenta urna eletrônica que também imprime os votos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2001/07/26/requiao-apresenta-urna-eletronica-que-tambem-imprime-os-votos>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

<sup>45</sup> G1. PSDB pede ao TSE auditoria para verificar 'lisura' da eleição. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/psdb-pede-ao-tse-auditoria-para-verificar-lisura-da-eleicao.html>. Acesso em: 16 de dez. de 2021.

<sup>46</sup> TSE. Plenário do TSE: PSDB não encontra fraude nas Eleições 2014. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Novembro/plenario-do-tse-psdb-nao-encontra-fraude-nas-eleicoes-2014>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

de mudanças no processo eleitoral<sup>47</sup>. Desconfiança essa, que passou a ser externalizada por outros agentes institucionais, se propagando até os dias atuais. As eleições presidenciais de 2018 potencializaram ainda mais esse debate, atingindo não só a legitimidade das eleições, mas também de todo sistema democrático.

Como mostram os dados coletados na pesquisa empírica “A Cara de Democracia no Brasil”<sup>48</sup>, realizada pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT), em 2018 constatou-se, no Brasil, uma queda significativa de satisfação dos indivíduos com a democracia nacional. Os dados mostram que, de 2002 a 2010, a tendência era de crescimento e aumento da confiança no regime democrático, com 30,3% dos entrevistados considerados “satisfeitos” ou “muito satisfeitos” com a democracia nacional, no ano de 2002, para 44,4%, no ano de 2010. Já nas eleições de 2014, a tendência foi alterada com 38,9%, em 2014, e apenas 19,4% em 2018, simbolizando um decréscimo considerável.

Essa queda na credibilidade democrática nacional pode ser evidenciada com a análise do contexto social e político no qual tal desconfiança ascendeu. As eleições de 2018 ficaram conhecidas pelo seu alto nível de polarização e conflito, ganhando, inclusive, destaque na mídia internacional<sup>49</sup>.

Enquanto no período de 2014 a 2018 ocorreu um avanço na desconfiança para com o sistema de urnas atual e um decréscimo relevante nos níveis de satisfação com o regime democrático, também um aumento igualmente proporcional do clamor pelo chamado “voto impresso e audível” foi desencadeado. Já em 2015, um ano após as declarações do candidato Aécio Neves, surge, no debate legislativo a proposta de Emenda na Comissão nº 10/2015, diretamente atrelada à Proposta de Emenda Constitucional 344/2013.

Possuindo como justificativa “a possibilidade de ratificação do resultado do processo de votação”, frente às reiteradas críticas do sistema eleitoral nacional, a Emenda determinava que, “independente do meio eletrônico empregado para o registro dos votos”, ficaria obrigatória “a expedição de cédulas físicas no processo de votação e apuração das eleições”. Apesar de arquivada, a proposta da EC ainda é utilizada por relevantes atores institucionais brasileiros, como solução para a falsa alegação de “insegurança” do sistema de urnas em vigor.

Em 2019, o debate em torno da expedição de cédulas físicas voltou à discussão no cenário nacional. A chamada “PEC do voto impresso” ganhou relevo proeminente ao resgatar o debate em torno da EC 344/2013, propondo a expedição obrigatória de células físicas que seriam depositadas para fins de auditoria. Nos termos da PEC 135, ou “PEC do voto impresso”, a mudança do texto constitucional seria justificada tendo em vista o princípio constitucional da publicidade e serviria como uma salvaguarda do eleitor brasileiro perante “juristocracia do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)”.

A PEC 135, seguindo a tendência da EC, também foi rechaçada. Em votação na Câmara dos Deputados, o dispositivo alcançou 229 votos favoráveis; insuficientes, perante o mínimo de 308, em dois turnos de votação. Na oportunidade, o Deputado Alessandro Molon

<sup>47</sup> MAGENTA, Matheus. Eleições: o que tem levado cada vez mais políticos a alegar fraude nas urnas pelo mundo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57466366>. Acesso em: 14 de dez. de 2021.

<sup>48</sup> INCT. A Cara da Democracia no Brasil. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a\\_3e0985df7c7f48b7979c81f76abcbdf38.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a_3e0985df7c7f48b7979c81f76abcbdf38.pdf). Acesso em: 12 de dez. de 2021.

<sup>49</sup> TOKARNIA, Mariana. Eleição polarizada no Brasil ganha destaque na imprensa estrangeira. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/eleicao-polarizada-no-brasil-ganha-destaque-na-imprensa-estrangeira>. Acesso em: 12 de dez. de 2021.

(PSB-RJ), representante da oposição, ressaltou: “Foi correto que rechaássemos essa proposta porque seria um grave retrocesso no país. Não houve um caso de fraude comprovada nos 25 anos de uso da urna eletrônica no país”. O presidente do Senado interpretou a rejeição na Câmara como um verdadeiro “ponto final” na debate, enterrando a discussão e sugerindo que o Congresso olhe “para frente”, concentrando “esforços no que realmente importa”.

Apesar de rejeitadas, tais propostas de modificação do sistema eleitoral, não deixam de refletir um movimento contemporâneo ascendente de descredibilidade do sistema eleitoral em vigor no país, mesmo com as grandes evidências científicas e tecnológicas que afirmam a credibilidade das atuais urnas eletrônicas. A metodologia neoinstitucional fornece ferramentas hábeis para compreensão do saldo negativo do surgimento de tal “desconfiança” para com o processo eleitoral.

Como foi visto anteriormente, o sistema eleitoral brasileiro é resultado de um processo de desenvolvimento institucional condizente ao histórico nacional de fraudes e violações no âmbito eleitoral. A ascensão social de um sentimento de descrença, que questiona e deslegitima tal “viga mestra”, mostra-se extremamente prejudicial para a manifestação plena dos seus escopos.

Quando se acredita, mutuamente, que os sistemas eleitorais são passíveis de fraude, e que, conseqüentemente, os resultados eleitorais alcançados não refletem a realidade pragmática, os atores institucionais passam a agir de modo incompatível com as regras do jogo democráticas. Fazendo uso de outras palavras, a crença na fraude eleitoral (não colaboração) gera cenário institucional que direciona os atores institucionais a não colaborarem. A ausência de incentivos informais de confiança e reciprocidade comprometem a atuação das instituições formais eleitorais.

Instituições formais não são capazes de por si só assegurar e induzir a cooperação entre os indivíduos, por mais sofisticado e eficiente que seja o desenho institucional tido em abstrato<sup>50</sup>.

Essa realidade foi denominada pelo cientista político Bo Rothstein como “armadilha social”. Nas palavras de Nóbrega<sup>51</sup>, a “armadilha social” configura a peculiar situação na qual os atores institucionais são incapazes de cooperar, devido à desconfiança mútua (falta de capital social). As conseqüências da instauração desse contexto de “armadilha social” no cenário eleitoral brasileiro já podem ser percebidas. Os eleitores, motivados por questionamentos públicos e políticos a respeito da credibilidade das urnas, e pela propagação de *fake News* quanto à segurança eleitoral, passam a desacreditar que os demais jogadores (políticos e organizações eleitorais, como o TSE) irão cumprir as regras formais e respeitar os resultados das eleições. Essa descrença no cumprimento das normas formais faz com que eles próprios as descumpram.

<sup>50</sup> NÓBREGA, Flavianna Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013. Editora Ideia, 2013. p. 105.

<sup>51</sup> O ESTADO DE S. PAULO. Capitais têm atos pró-voto impresso nesse domingo; Bolsonaro volta a ameaçar eleições. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apoiadores-de-bolsonaro-fazem-atos-pro-voto-impresso-neste-domingo,70003796874>. Acesso em: 18 de dez. de 2021.

Os cientistas Steven Levitsky e Daniel Ziblatt sintetizam a prejudicialidade desta “*social trap* eleitoral” para com as democracias contemporâneas: “falsas acusações de fraude podem minar a confiança pública em eleições – e quando cidadãos não confiam no processo eleitoral, muitas vezes perdem a fé na própria democracia”<sup>52</sup>. A antropóloga Kalil também conclui nesse sentido, ao estudar os movimentos de alegações inverídicas eleitorais:

Você coloca o eleito sob ataque. Passa a haver uma série de ações contra o chefe ou a chefe de Estado exatamente com a justificativa de que a conquista daquela posição não é legítima porque foi fraudada. E se mantém também a base com o objetivo de derrubar o governo ou de causar distúrbios.<sup>53</sup>

A “*social trap* eleitoral” brasileira já começa a apresentar indícios. Ainda em 2020, em meio à pandemia de COVID-19, protestantes se dirigiram ao Palácio do Planalto, pressionando pela anulação das eleições municipais ocorridas naquele ano: “entendemos que houve fraude nessas eleições, fraudes nas urnas eletrônicas”<sup>54</sup>. O então presidente, Jair Bolsonaro, ganhou proeminência, nesse contexto, ao condicionar, publicamente, a realização das eleições presidenciais de 2022 à aprovação da PEC do voto impresso:

Não tenho medo de eleições. Entrego a faixa a quem ganhar, no voto auditável. Nessa forma [com voto apenas eletrônico], corremos o risco de não termos eleição no ano que vem, porque é o futuro de vocês que está em jogo<sup>55</sup>.

A pesquisadora Isabela Kalil, coordenadora do Observatório da Extrema Direita Brasil, ao analisar a estratégia bolsonarista de deslegitimação das urnas eletrônicas, pontua o caráter intencional de tais questionamentos políticos e ressalta o paralelo entre os mesmos e a fragilização da democracia nacional. Para Kalil, os discursos em torno do voto impresso têm “menos a ver com uma preocupação em tornar o sistema eleitoral brasileiro ainda mais seguro” e mais com a “estratégia recorrente de líderes autoritários de desacreditar as eleições e o processo democrático como um todo”. “Para eles, contestar a urna é uma oportunidade para avançar num projeto de erosão democrática”.

O ministro da Defesa, também ganhou relevo no contexto político ao afirmar, diante de várias pessoas presentes no Palácio do Planalto, que, “sem voto impresso, não vai ter eleição”<sup>56</sup>. A declaração, por mais que genérica, chegou ao presidente da Câmara, causando

<sup>52</sup> LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 218.

<sup>53</sup> MAGENTA, Matheus. Eleições: o que tem levado cada vez mais políticos a alegar fraude nas urnas pelo mundo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57466366>. Acesso em: 16 de dez. de 2021.

<sup>54</sup> DINA, Sampaio; CASTRO, Fabrício; PORCELLA, Lander. Manifestantes defendem voto impresso em protesto em frente ao Palácio do Planalto. *UOL Notícias*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/11/22/manifestantes-defendem-voto-impresso-em-protesto-em-frente-ao-palacio-do-planalto.htm>. Acesso em: 18 de dez. de 2021.

<sup>55</sup> SOUZA, Josias. Eleição vai haver, eu garanto. *UOL notícias*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/josias-de-souza/2021/07/09/eleicao-vai-haver-eu-garanto-declara-barroso.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 17 de dez. de 2021.

<sup>56</sup> NEUMAM, Camila. Câmara convoca Braga Netto para explicar falas sobre voto impresso. *CNN Brasil*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/camara-convoca-braga-netto-para-explicar-falas-sobre-voto-impresso/>. Acesso em: 17 de dez. de 2021.

enorme turbulência política que levou o ministro a negar publicamente suas declarações anteriores. Em resposta, a atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o ministro Luís Roberto Barroso, ressaltou publicamente que ameaçar a realização de eleições é uma "conduta antidemocrática"<sup>57</sup> e que os ataques às instituições representam uma verdadeira estratégia para o retorno ao passado de "atraso institucional". A fala do ministro não só evidencia o clima de tensão entre os atores políticos institucionais, como também expõe uma legítima tentativa, por parte do Tribunal Eleitoral, de mitigar a onda de desconfiança para com as instituições eleitorais brasileiras.

Irritações exógenas que desestabilizam o desenho institucional de cooperação e o direcionam a um contexto de armadilha social são dignas de alerta. Não podemos, ainda, prever em total integridade as consequências integrais desse cenário, tendo em vista que, ao tempo de escrita deste artigo, as eleições presidenciais de 2022 ainda não ocorreram, deixando pairar um clima de incerteza quanto à aceitação plena, ou não, dos resultados exprimidos pelas urnas. Como se pode observar no QUADRO 1, não podemos afirmar, ainda, quais serão as reverberações de tais irritações exógenas quanto à alteração, ou não, do contexto de confiança e capital social instituídos junto ao sistema eleitoral.

Quadro 1 - Arranjos Institucionais Eleitorais No Contexto Brasileiro

	ANTES DA CRIAÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL	APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL	ARRANJOS CONTEMPORÂNEOS	PERSPECTIVAS FUTURAS
<b>REGRA DO JOGO</b>	Fraudes eleitorais e falta de fiscalização e combate efetivo a elas. Coronelismo como instituição informal forte.	Estabilidade e confiança no processo eleitoral. Sistema eleitoral como instituição formal forte, sendo reforçado pelo capital social.	Crescente descredibilização do processo eleitoral e das urnas eletrônicas. Irritações exógenas ameaçando o capital social.	Alteração do modelo eleitoral de capital social para social trap?
<b>MECANISMO DE PUNIÇÃO E INCENTIVO</b>	Coronelismo como um sistema político que endossa as práticas corruptivas e desaprova quem não coaduna com essa lógica.	Campanhas para divulgação das urnas eletrônicas. Criação de uma regra informal de confiança e capital social.	Fake News, questionamentos, ameaças. Regra informal forte de desconfiança.	Instituição informal de descrença nas urnas? Volta da confiança no processo eleitoral? Respeito ao resultado eleitoral?
<b>JOGADORES</b>	Os grandes proprietários de terra, a população e os candidatos.	O Estado, os eleitores e os candidatos.	Parte dos eleitores e candidatos.	Parte dos eleitores e candidatos.

Fonte: Elaborado pelas autoras.

<sup>57</sup> VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. 'Ameaça à realização de eleições é uma conduta antidemocrática', diz Barroso. *Portal G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/02/voto-impresso-nao-e-contencao-adequada-para-o-golpismo-diz-barroso.ghtml>. Acesso em: 18. de dez. de 2021.

## ■ CONCLUSÃO

A realidade institucional da democracia brasileira foi construída e firmada em cima de um longo histórico de fraudes e violações às normas constitucionais. Atuando como verdadeiras regras do jogo informal, tais instituições fraudulentas se utilizavam de inúmeros mecanismos de incentivo e constrangimento para conseguir burlar as normas eleitorais legais e, assim, prejudicar a legitimidade das eleições nacionais. Esse contexto, que foi predominante no país por diversas décadas, marcou a história da justiça eleitoral brasileira, que surge como instituição formal especificamente desenhada para superar o passado de fraudes, representando, assim, um verdadeiro avanço democrático.

Esse conjunto de normas formais, aqui sintetizados na terminologia de “sistema eleitoral nacional”, verdadeiramente revolucionaram o *modus operandi* da democracia brasileira, proporcionando mais legitimidade e segurança aos resultados eleitorais. Essa credibilidade eleitoral, desencadeada pelo novo arranjo do sistema eleitoral nacional, também repercutiu na confiança dos eleitores para com o voto. Apesar de um breve período de instabilidade, inflado, principalmente, pelo político Brizola, nos anos iniciais de implementação, a justiça eleitoral desfrutou de relativa estabilidade quanto a confiança e aceitação por parte dos eleitores.

Em 2005, por exemplo, pesquisa nacional feita pelo Instituto Nexus, evidenciou a Justiça Eleitoral como “instituição mais confiável do país”. O cenário, assim, era de alto “capital social”: o público eleitor confiava nas instituições e jogadores políticos e a própria confiança os conduzia a agir democraticamente e respeitar os resultados eleitorais.

Todavia, essa realidade de confiança e estabilidade não permaneceu imutável. Em 2014, sobretudo através das manifestações e questionamentos proferidos pelo político Aécio Neves, o contexto eleitoral brasileiro passou a vivenciar um verdadeiro movimento decrescente de confiança no sistema eleitoral. Aumentando a quantidade de declarações políticas em torno da credibilidade das urnas e do sistema eleitoral brasileiro, o país começou a perceber uma série de irritações exógenas ao anterior contexto de capital social. Instaurou-se, como visto, um contexto de instabilidade, que compromete os avanços já alcançados pelas instituições eleitorais brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *O tempo dos governantes incidentais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

A CARA da Democracia no Brasil. *INCT*. Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a\\_3e0985df7c7f48b7979c81f76abcdf38.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a_3e0985df7c7f48b7979c81f76abcdf38.pdf). Acesso em: 12 de dez. de 2021.

ARAUJO, Maria Celina. *Capital Social*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.



BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Por dentro da urna*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: TSE, 2010. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/hotSites/urnaEletronica/pordentrodaurna.html>. Acesso em: 12 de nov. de 2021.

BRIZOLA ataca urna eletrônica e defende volta das cédulas de papel. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u7686.shtml>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

FERRÃO, Isadora Garcia, et al. Urnas eletrônicas no Brasil: linha do tempo, evolução e falhas e desafios de segurança. *Revista Brasileira de Computação Integrada*, v. 11, n. 2, p. 1-12, jul., 2019.

FUKUYAMA, Francis. Capital Social. In: *A cultura importa: os valores que definem o progresso humano*. São Paulo: Record, 2002.

GASTALDI, Helio; ROSENDO, Rosi. Urna eletrônica no Brasil: mudanças no processo eleitoral e no comportamento dos eleitores. *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, v. 2, n. 2, 2012, p. 73-107.

HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. *Informal institutions & democracy: lessons from latin américa*. The Johns Hopkins University Press, 2006.

JACOB, João Paulo Ramos; FONSECA, Máira Silva Marques da. Aspectos históricos do processo de criação da Justiça eleitoral no Brasil: Republicanismo, Tenentismo e Coronelismo. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 117-147, jan./abr., 2021.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo enxada e voto*. São Paulo: Companhia das letras, 1948.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; LIMA, Renan Saldanha de Paula. Resquícios do coronelismo no processo político-eleitoral do século XXI: a captação ilícita de sufrágio na jurisprudência do Tribunal Regional do Ceará. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, dez., 2016.

MAGENTA, Matheus. Eleições: o que tem levado cada vez mais políticos a alegar fraude nas urnas pelo mundo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57466366>. Acesso em: 14 de dez. de 2021.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ociden tal no horizonte conceitual da modernidade in LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set., p. 33-49, 2005.

NEUMAM, Camila. Câmara convoca Braga Netto para explicar falas sobre voto impresso. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/camara-convoca-braga-netto-para-explicar-falas-sobre-voto-impresso/>. Acesso em: 17 de dez. de 2021.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1994.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. *Peças e Engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013.

PLENÁRIO do TSE: PSDB não encontra fraude nas Eleições 2014. *Portal TSE*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Novembro/plenario-do-tse-psdb-nao-encontra-fraude-nas-eleicoes-2014>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.



PSDB pede ao TSE auditoria para verificar 'lisura' da eleição. *Portal G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/psdb-pede-ao-tse-auditoria-para-verificar-lisura-da-eleicao.html>. Acesso em: 16 de dez. de 2021.

PUTNAM, Robert D. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

PUTNAM, Robert. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. 5a edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

REQUIÃO apresenta urna eletrônica que também imprime os votos. *Senado notícias*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2001/07/26/requiao-apresenta-urna-eletronica-que-tambem-imprime-os-votos>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

RIBEIRO, Lilian; ARAUJO, Jair. Capital social e pobreza no Brasil. *Revista de Economia Política*, vol. 38, nº 4 (153), pp. 749-765, outubro-dezembro, 2018.

SOUZA, Carlos. Leonel Brizola critica eleição informatizada. *Folha UOL*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u7240.shtml>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

TAVARES, André Ramos; MOREIRA, Diogo Rais R. O voto eletrônico no Brasil. *Estudos eleitorais*, v. 6, n. 3, p. 9-32, set./dez., 2011.

VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e História da Justiça Eleitoral. *Anais eletrônicos...do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo - SP, 2011*.

VISCARDI, Cláudia Maria R. Voto, representação política e soberania popular na república brasileira. *Estudos Ibero-Americanos*, v. 41, n. 1, p. 14-39, jan./jun., 2015.

VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. 'Ameaça à realização de eleições é uma conduta antidemocrática', diz Barroso. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/02/voto-impresso-nao-e-contencao-adequada-para-o-golpismo-diz-barroso.ghtml>. Acesso em: 18. de dez. de 2021.



# NARRATIVAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NA MINUSTAH: UMA ANÁLISE DAS PRODUÇÕES ACADÊMICAS DOS ANOS 2005-2017

NARRATIVES ABOUT THE PARTICIPATION OF BRAZIL IN MINUSTAH: AN ANALYSIS OF ACADEMIC PRODUCTIONS FROM THE YEARS 2005-2017

ISRAEL APARECIDO GONÇALVES\* | ALINE PRADO ATASSIO\*\*

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o debate acadêmico e as narrativas que daí derivam sobre a participação do Brasil na Missão das Nações Unidas para a estabilização no Haiti – Minustah- (sigla do acrônimo em francês: Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti). A missão começou em 2004 e foi concluída em 2017. O Brasil foi responsável pelo comando da missão sob a égida da ONU – Organização das Nações Unidas. O tema tornou-se objeto de pesquisa de diversas áreas de conhecimento e os debates sobre as consequências da Missão tornaram-se alvo de disputas de versões e análises. Para confecção deste artigo foram analisados num total de treze artigos, uma monografia e quatro dissertações que tratam da missão sob vários prismas, escritos entre os anos de 2005 a 2017. Depois da análise deste repertório pode-se considerar o debate acadêmico sobre a participação do Brasil na Minustah como multifacetado, porém predominantemente embuido de narrativa crítica ao envolvimento do governo brasileiro na missão supracitada.

**Palavras-chave:** Minustah; Brasil; Haiti.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the academic debate and the narratives that originate about the participation of Brazil in the United Nations Mission for Stabilization in Haiti – MINUSTAH (acronym of the acronym in French: Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti). The mission began in 2004 and was completed in 2017. Brazil was responsible for commanding the mission under the aegis of the UN – United Nations. The importance of the Mission and the fact that it is an unprecedented command participation for Brazil, as well as the high use of human and financial resources, generated disputes over the analysis narratives, being critical of the actions of the Brazilian military and government, in a positive way or negative. The focus of this work, however, is to understand the criticisms of government action, and not specifically the military one. In order to list and analyze these criticisms, bibliographical reviews were carried out, which included the analysis of twelve articles, a monograph and four dissertations that deal with the mission from various perspectives, written between the years 2005 to 2017. After the analysis of this repertoire the academic debate on Brazil's participation in MINUSTAH can be considered as multifaceted, but predominantly imbued with a narrative critical of the Brazilian government's involvement in the aforementioned mission.

**Keywords:** Minustah; Brasil; Haiti.

\* Doutorando em Sociologia pela Universidade Federal de Santa Catarina.  
Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar).  
*educa\_isra@yahoo.com.br*

\*\* Doutora em Ciências Sociais pela UFSCar.  
Professora substituta na Universidade Federal de Alagoas.  
*alineatassio@yahoo.com.br*

Recebido em 17-12-2021 | Aprovado em 17-2-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 OS DEFENSORES DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH; 1.1 OS CRÍTICOS DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH; 1.2 O ESTADO HAITIANO: ANÁLISES HISTÓRICO-ESTRUTURAIS; 1.3 ARTIGOS DE BALANÇO: OS OBJETIVOS DA MINUSTAH; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

Neste trabalho, analisaremos a produção acadêmica sobre a Minustah, num total de treze artigos, uma monografia e quatro dissertações que tratam da missão sob vários ângulos. Inicialmente examinaremos as posições dos pesquisadores que defendem a missão como expressão de um novo tipo de concepção da política externa brasileira, em trabalhos realizados durante o período de 2005 a 2017. Primeiramente, elencamos os autores que apoiam a chamada Diplomacia Solidária e/ou, no mínimo, entendem que a missão encontra-se pautada em uma questão de cunho mais humanitária que política, implicando em maior prestígio ao Brasil no cenário internacional.

Em seguida, estão os autores que, além de não concordarem com a afirmação de que há um novo tipo de diplomacia nas relações exteriores, avaliam de forma negativa a participação do Brasil na operação depaz ou, ao menos, apontam para um fracasso em relação aos fins políticos almejados pela diplomacia brasileira.

Em terceiro lugar, procuraremos examinar os argumentos dos autores que compreendem que o Haiti é um Estado “vulnerável” ou sem condições de garantir o mínimo de bem estar social aos seus cidadãos. Para esses autores, a Missão tem como função recuperar ou construir (Building) as estruturas do Estado haitiano. Ainda relacionaremos os autores revisionistas, que buscam compreender os resultados (positivos ou negativos) obtidos pelo Brasil na operação feita no país caribenho. Ao final deste artigo, apresentamos uma tabela que resume os eixos de cada grupo de intérpretes da participação brasileira na Missão. Assim, nosso objetivo é compreender os vários debates acerca da participação do Brasil na Minustah, literatura acadêmica<sup>1</sup>.

Para uma ideia da filiação institucional e geográfica da produção acadêmica analisada apresentamos a tabela seguinte:

---

<sup>1</sup> Há alguns livros sobre o papel do Brasil no Haiti. Todos escritos por jornalista que estiveram no Haiti como enviados especiais de seus respectivos jornais. Os livros são: ALVAREZ, Rodrigo. Haiti, depois do inferno: Memórias de um repórter no maior terremoto do século. São Paulo: Globo, 2010; RUPPENTHAL, Tailon. Um Soldado Brasileiro no Haiti. São Paulo: Globo, 2007 e STOCHERO, Tahiane. DOPAZ: como a tropa de leite do exército brasileiro pacificou a favela mais violenta do Haiti. Rio de Janeiro: Objetiva.

**TABELA 1**– Instituições Acadêmicas e origem dos trabalhos analisados

Instituições	Artigos Científicos	Dissertações
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)	2	1
PUC- Rio de Janeiro GAPCON- UCAM/RJ	1	
Universidade Federal de São Carlos (UFSCar)		1
Universidade Federal do Ceará (UFC)	1 <sup>2</sup>	
Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ).	1	
UNESP/Santiago Dantas	1	
Universidade Federal de Fluminense (UFF)	1	
Universidade de Fortaleza (UF)	1	
Centro Universitário de Brasília -UNICEUB	1	
Universidade de Brasília (UnB)	1	1
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)		1
Exército Brasileiro	1	
Universidade de Coimbra	1	
Universidade Torcuato di Tella – Buenos Aires	1	

**Fonte:** Elaborada pelos autores.

## 1 OS DEFENSORES DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH

Para Ricardo Seitenfus<sup>3</sup>, o comando militar do Brasil na Minustah constituiu um novo paradigma de atuação nas operações de paz na ONU. No seu texto “De Suez ao Haiti: a participação brasileira nas Operações de paz”<sup>4</sup>, ele analisou um momento importante da missão: o período do pleito presidencial no Haiti, ocorrido em 7 de fevereiro de 2006. Como o número de votantes foi bem maior que o esperado e o novo presidente foi eleito no primeiro turno, o autor avaliou favoravelmente a contribuição do Brasil nesse processo de transição do governo provisório para o governo constitucionalmente eleito, do presidente René Garcia Préval (mandato 2006-2010).

Para Seitefus<sup>5</sup>, o envio de soldados brasileiros sob os auspícios da ONU para o Haiti, pautou-se pela manutenção da segurança, visando a reconstrução da infraestrutura do país e o apoio ao processo eleitoral. A Minustah evidenciou, segundo Seitenfus, uma nova atitude das relações exteriores brasileiras ou, ainda, um novo paradigma na resolução do conflito por intermédio das missões de paz, ao qual o autor chama “Diplomacia Solidária”:

pode ser definida como sendo a concepção e a aplicação de uma ação coletiva

<sup>2</sup> Trata-se de uma monografia.

<sup>3</sup> SEITENFUS, R. Elementos para uma diplomacia solidária: a crise haitiana e os desafios da ordem internacional contemporânea. In: *Carta Internacional*. vol. 1, n. 1, mar. de 2006[a].

<sup>4</sup> SEITENFUS, R. *De Suez ao Haiti: a participação brasileira nas Operações de paz*. 2006[b], 15p. Disponível em: [http://www.seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus\\_-\\_De\\_Suez\\_ao\\_Haiti.pdf](http://www.seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus_-_De_Suez_ao_Haiti.pdf) Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>5</sup> SEITENFUS, R. Elementos para uma diplomacia solidária: a crise haitiana e os desafios da ordem internacional contemporânea. In: *Carta Internacional*. vol. 1, n. 1, mar. de 2006[a].

internacional, sob os auspícios do CS, feita por terceiros Estados intervenientes num conflito interno ou internacional, desprovidos de motivações decorrentes de seu interesse nacional e movidos unicamente por um dever de consciência ou por interesses difusos.<sup>6</sup>

A Diplomacia Solidária é apresentada como uma maneira de inserir o Brasil na esfera internacional por meio das missões de paz, sem buscar ganhos reais com a missão. A Diplomacia Solidária, por não produzir um ganho econômico para o país que faz a intervenção, fortaleceria a ONU e todo o sistema multilateral no quesito moral e político.

Segundo Seitenfus, outro fator que corrobora o argumento de que a missão no Haiti está pautada por uma nova diplomacia, é a própria composição da missão. Para ele os países que integram a Minustah são considerados “um papel secundário no sistema internacional”<sup>7</sup>, o que nos leva a entender que tais países não teriam qualquer interesse econômico em integrarem-se à Minustah. Para o autor grande incógnita colocada pela diplomacia solidária é saber se essa nova forma de intervenção possui a capacidade de ser reestruturante e aportar benefícios duradouros à população do país e à organização de um Estado que responda aos desafios do presente”<sup>8</sup>. Seitenfus acredita que a Diplomacia Solidária é o único caminho para a resolução dos problemas no Haiti. A geração de trabalho, emprego, e desenvolvimento é um caminho para a segurança e estabilidade no país caribenho e arremata o pesquisador, o caminho do Brasil nas relações com o Haite é a Diplomacia Solidária”<sup>9</sup>.

A Diplomacia Solidária estaria conectada a política externa do governo Luiz Inácio Lula da Silva, pois no caso da Minustah, o Brasil, pela primeira vez aparece como *force commander*. Para o Itamaraty, a missão no Haiti demarcaria a posição brasileira no cenário internacional, ao defender os valores do respeito aos direitos humanos e da democracia, o que projetaria o país favorecendo a obtenção do reconhecimento político necessário para pleitear seus objetivos dentro das mais diversas instituições. Seitenfus entende que a maior valorização do ser humano e a falta de um objetivo econômico, por parte do governo brasileiro, caracterizariam a missão de paz como diferente das tradicionais.

Segundo o ministro das Relações Exteriores de Lula, Celso Amorim, a forma pela qual a política externa do governo Lula atuou no cenário internacional, não visou apenas fortalecer os laços já existentes com vários países, mas buscou reforçar a cooperação entre os países da América Latina<sup>10</sup>

A dissertação de Verenhitch<sup>11</sup> intitulada “A Minustah e a Política Externa Brasileira: motivações e conseqüências”, defendida na UFSM, onde Seitenfus leciona, filia-se à ideia do novo paradigma. Para a autora, em 2004, o Brasil não estava preparado para enfrentar a envergadura da missão. Segundo a Verenhitch, o país caribenho passava por um momento

<sup>6</sup> SEITENFUS, R. *De Suez ao Haiti: a participação brasileira nas Operações de paz*. 2006[b], 15p. Disponível em: [http://www.seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus\\_-\\_De\\_Suez\\_ao\\_Haiti.pdf](http://www.seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus_-_De_Suez_ao_Haiti.pdf) Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> SEITENFUS, R. O Brasil errou em enviar tropas para Haiti? Opinião p.2, Folha de São Paulo, São Paulo, 23, out. de 2004.

<sup>10</sup> AMORIM, Celso. Conceitos e Estratégias da Diplomacia do Governo Lula. *Revista Diplomacia, estratégia e Política*. Vol.1, n.1, p.41-47, out/dez, 2004.

<sup>11</sup> VERENHITACH, Gabriela Daou. *A MINUSTAH e a Política Externa Brasileira: motivações e conseqüência*, 2008. 136p. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana).

de profunda crise, pois seu presidente — na época Jean-Bertrand Aristide - saíra do país, provocando uma ausência de poder político e uma grave tensão entre os vários grupos sociais e políticos que disputavam o poder, ou seja, o Haiti estava à beira de uma guerra civil, por isso era necessária uma intervenção internacional no país. Na medida em que o Haiti não tinha condições políticas de sanar seus problemas, a autora concorda com a participação do Brasil e defende que essa atuação efetiva é “uma questão de humanidade”<sup>12</sup>, e não de ganhos econômicos. Todavia, se os ganhos não são econômicos, eles podem ser políticos. Nesse sentido, a autora salienta a pretensão da missão em conquistar um assento permanente no Conselho de Segurança da ONU; todavia, esse debate não é central no seu estudo.

Para Verenhitach, existiu efetivamente uma nova proposta de resolução dos problemas internacionais, já que a “crise haitiana precisa de soluções inovadoras”<sup>13</sup>, pelo próprio contexto histórico, político e cultural do Haiti. As bases para a participação brasileira estariam na Constituição Federal de 1988, no artigo 4º, no seu inciso IX<sup>14</sup>, no qual se afirma que as relações internacionais brasileiras são pautadas pela “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Isto é, a Diplomacia Solidária já existia como princípio desde o final da década de 1980, mas não foi explorada pela diplomacia brasileira. Para a autora, mais que um princípio, a Diplomacia Solidária se tornou um valor — moral - e, como tal, permeia as várias ações da política externa brasileira. Esse valor, pautado pela solidariedade, ficou expresso nos “inúmeros resultados positivos que vêm sendo alcançados pela Missão”, devido “em grande parte à influência brasileira, consubstanciada pela inédita liderança do país em uma operação de paz”<sup>15</sup>. Ressalte-se que a escolha pela autora das fontes para escrever esse trabalho foram documentos oficiais, como discursos e documentos do governo brasileiros e resoluções da ONU.

Já o artigo da pesquisadora da PUC-Rio, Luísa Café Figueiredo Façanha<sup>16</sup> intitula-se “As motivações da política brasileira para participação das Missões de Paz das Nações Unidas: O caso do Haiti”, foi apresentado no encontro da Associação Brasileira de Estudo de Defesa em 2008. O texto não subscreve a concepção de que a política externa brasileira efetivou uma nova forma de atuar no campo das relações internacionais, mas defende que a Missão traz uma imagem favorável para nossas relações exteriores.

Para Façanha, as motivações para que o país participasse da Minustah extrapolavam os próprios objetivos da missão. A autora insere o debate sobre a participação do Brasil nas missões de paz no contexto dos anos 1990, quando surge uma nova dinâmica internacional, pautada pelo multilateralismo. Nesse cenário, o Brasil poderia ter uma importância mais

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem., p. 103.

<sup>14</sup> 5 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>15</sup> VERENHITACH, Gabriela Daou. *A MINUSTAH e a Política Externa Brasileira: motivações e consequência*, 2008. 136p. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana).

<sup>16</sup> FAÇANHA, Luísa Café Figueiredo. *As motivações da política brasileira para Participação das Missões de Paz das Nações Unidas: O caso do Haiti*. In: *Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*, 2. 2008, Niterói (RJ), 2008. Atigos, 1-12p. Disponível em: <http://www.abed-defesa.org> Acessado em: 20 jun. 2010.

significativa no tabuleiro internacional, se fosse capaz de demonstrar uma maior vontade em resolver os problemas globais em consonância com organismos internacionais - no caso a ONU.

Por fim, o texto ressalta o prestígio internacional que o Brasil auferiu ao assumir uma missão do porte da Minustah, maior missão da ONU em atividade:

A participação brasileira na Minustah fortaleceu **não só a imagem** brasileira como um país preocupado com a paz mundial, mas também fortaleceu as relações com os países da América Latina [...] o sucesso da missão resultará em ganhos positivos para o Brasil, como o aumento da sua influência na ONU e da probabilidade de ser membro permanente do Conselho de Segurança da ONU” (2008, s/n — grifo nosso).

Façanha aproxima-se, assim, do discurso governamental, ou seja, acredita que a missão produziria benefícios políticos para o Brasil e ajudaria o governo no protagonismo desejado nas relações internacionais.

Também é a conclusão do cientista político da UFF, Severino de Ramos Bento da Paixão<sup>17</sup>, no seu artigo denominado “O impacto dos novos parâmetros adotados pelas Nações Unidas para as operações de paz na tradição política externa brasileira”. A perspectiva de que a participação brasileira no Haiti resultaria em uma imagem de administração bem sucedida foi incorporada ao discurso oficial e à imagem que o governo buscou construir, o que auxiliaria o país em suas pretensões políticas.

## 1.1 OS CRÍTICOS DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH

São considerados críticos da participação brasileira na Minustah todos os autores que não concordam com o ponto de vista de que o governo brasileiro está promovendo uma missão de paz diferenciada das outras já realizadas pela ONU, ou que acreditam que os objetivos da missão não foram cumpridos. Para esses autores, se houve avanços, ora para o Haiti ora para os interesses brasileiros, esses se devem mais à *fortuna*, no sentido colocado por Maquiavel, ou seja, ao acaso, do que por uma ação diferenciada do Brasil no comando da operação de paz na ilha caribenha.

Nesse sentido, em “MINUSTAH e implicações para as aspirações internacionais do Brasil”, a pesquisadora do IUPERJ, Bárbara Gomes Lamas<sup>18</sup> afirma que as dificuldades encontradas pela Minustah podem prejudicar os interesses do Brasil em ter um papel mais efetivo no cenário das relações internacionais pautadas pelo multilateralismo. A autora

<sup>17</sup> PAIXÃO, Severino de Ramos Bento da. *O impacto dos novos parâmetros adotados pelas nações unidas para as operações de paz na tradição política externa brasileira*, 2008. 111p. Dissertação (Mestrado em em Ciência Política). Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.abed-defesa.org> Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>18</sup> LAMAS, Bárbara Gomes. MINUSTAH e implicações para as aspirações internacionais do Brasil. *Conjuntura Internacional*. Belo Horizonte, v. 2, p. 2-6, 2005. Disponível em: <http://www.pucminas.br/imagedb/conjuntura/> Acessado em: 19 jan. 2011.

desenvolveu um interessante debate sobre como é tratado o conceito de “missão de paz” na literatura especializada, ressaltando que a prática ultrapassa, muitas vezes, os conceitos. Dessa forma, ela indica que o trabalho feito no Haiti pelos soldados na missão de paz tem um novo significado dentre as operações de paz. A autora defende seu argumento citando os objetivos da Minustah, descritos na Resolução nº1542 de 30 de abril de 2004 do CS/ONU, destacando que o objetivo principal da missão ainda não foi alcançado. Segundo a autora,

É insatisfatório o nível de segurança no Haiti e os grupos ilegais continuam armados e atuantes em diversas regiões do país, uma vez que não houve nenhum programa eficaz de desarmamento destes grupos, o que pode atrasar os planos de realização das eleições no fim de 2005; os direitos humanos continuam sendo violados; e a reconstrução do país também está comprometida, o que contribui para o aumento da violência.<sup>19</sup>

Torna-se importante ressaltar que o artigo supracitado foi escrito em vinte e nove de junho 2005, ou seja, um ano e quatro meses depois que a Missão foi aprovada pelo CS/ONU — o que ocorreu em 30 de abril de 2004. Lamas afirma, ainda, que “diante da possibilidade de fracasso da missão, então, as aspirações brasileiras estão correndo risco de também serem frustradas”<sup>20</sup>.

Suzeley Kalil Mathias (UNESP-Franca) e Leandro L. Pepe<sup>21</sup>, em seu artigo “Segurança e Democracia: A Atuação do Brasil no Haiti”, também discutem de forma crítica a participação do Brasil na Minustah. Salientando que a Minustah é a maior missão vigente da ONU, esses autores defendem que o principal interesse das nossas relações exteriores com a missão era busca de visibilidade internacional, e a conquista de um assento permanente no Conselho de Segurança da ONU (CS/ONU), algo que não ocorreu. Outro objetivo da diplomacia brasileira com a missão, segundos os autores, é tornar o Brasil um *global player*.

Para Mathias e Pepe<sup>22</sup>, a Minustah é a missão que mais destacou o país dentre as missões já realizadas, mas:

(...) a participação do Brasil na Minustah não redundou em apoio às suas pretensões e nem sensibilizou os países mais fortes no CS/ONU a abrir mão de parte de seu poder, aumentando a participação dos países no seu processo decisório. Com efeito, as últimas discussões a respeito, adiaram uma vez mais a pretensões do Brasil, [...] pela ampliação do corpo de membros permanentes no CS/ONU<sup>23</sup>.

Em resumo, os autores entendem que a participação na missão de paz no Haiti foi colocada como um instrumento político para o país, mas não foi eficiente para conquistar os

---

<sup>19</sup> Ibidem. p., 05.

<sup>20</sup> Ibidem. p., 06.

<sup>21</sup> MATHIAS, Suzeley Kalil; PEPE, Leandro Leone. Segurança e Democracia: A Atuação do Brasil no Haiti. *LASA'S XXVI Internacional Congress*. San Juan, march 15-18, 2006. Disponível em: <http://www.resdal.org> Acessado em: 20 jul. 2010.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem., p. 18.



objetivos almejados por nossas relações exteriores em outras esferas internacionais. Nesse sentido, reforçam que

é preciso repensar as formas de solução dos conflitos, pois as Missões de Paz, em particular a Minustah, parecem não mais ser que a missão não conseguiu efetivar o que o Brasil buscava - o assento permanente no CS/ONU - e gerou uma imagem negativa para o Brasil, já que não teria alcançado os objetivos propostos pela ONU. Os benefícios da missão situam-se nas “atualizações das forças militares brasileiras, que dessa forma trocaram experiências com as forças armadas de outros países<sup>24</sup>.”

Já a dissertação, defendida na UFSCar por Paulo Gustavo Pellegrino Corrêa<sup>25</sup>, “MINUSTAH e diplomacia solidária: criação de um novo paradigma nas operações de paz? tem justamente como proposta “submeter à crítica a tese brasileira de que a operação de paz no Haiti - MINUSTAH, iniciada em 2004, e comandada pelo Brasil, representa a criação de um novo paradigma nas missões de paz por ser comandada por um país em desenvolvimento (...)”<sup>26</sup>. Como forma de perceber se houve alguma diferença de atuação do governo brasileiro na Minustah, que demonstrasse um diferencial se comparada com outras operações de paz, o autor fez uma comparação da Missão no Haiti com a *United Nations Mission in Haiti* (UNMIH) comandada pelos EUA entre os anos de 1995 — 1996.

Segundo o autor, tal comparação é possível, pois ambas as missões apresentam aspectos semelhantes no que tange a “objetivos, mandato e contingente.” Com base nisso, Corrêa busca encontrar “qualquer elemento inovador nos projetos de cooperação do Brasil, via Agência Brasileira de Cooperação (ABC), com o Haiti<sup>27</sup>”, contrapondo-os “com os projetos desenvolvidos pela *United States Agency for International Development* (USAID) na década de 1990 durante a UNMIH”, no que diz respeito ao processo de formulação e objetivos dos projetos<sup>28</sup>.

Nesse quadro, ele afirma:

[...] no que diz respeito a respostas que os projetos do Brasil podem ter em relação ao problema haitiano, o impacto é ainda muito pouco significativo, principalmente com um volume modesto de investimento. Dessa forma, o braço forte e atuante do Brasil na reconstrução do Haiti não é o civil, e segurança mais uma vez foi a prioridade<sup>29</sup>.

Dessa forma, a Minustah seria uma operação de paz como as já desenvolvidas anteriormente no Haiti, em que o elemento militar se sobrepõe ao civil. Contudo, ancorada

<sup>24</sup> Ibidem., p. 19.

<sup>25</sup> CORREA, Paulo Gustavo Pellegrino. *MINUSTAH e diplomacia solidária: criação de um novo paradigma nas operações de paz?* 2009. 110p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/973/2870.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>26</sup> Ibidem., p. 23.

<sup>27</sup> Ibidem., p. 09.

<sup>28</sup> Ibidem., p. 25.

<sup>29</sup> Ibidem., p. 65.

na tradição de missões de paz sob auspício da ONU e no discurso de uma atuação inovadora, a diplomacia brasileira, no governo Luiz Inácio Lula da Silva, teria atuado de acordo com o princípio da não-indiferença, que incluiria em seu escopo o novo paradigma expresso, segundo Seitenfus, pela Diplomacia Solidária.

Corrêa entende que tal perspectiva de solidariedade e generosidade expressa no discurso oficial não é pautada pelo trabalho da ABC, e nem pela atuação das tropas brasileiras ou dos países latino-americanos no Haiti:

[...] não encontramos nenhum tipo de dado que pudesse dar respaldo a um possível *modus operandi* brasileiro ou latino americano menos violento nas ações estritamente militares. A força empregada nas operações de combate e tipo polícia foi, na melhor das hipóteses, de acordo com a intensidade permitida pelo mandato da MINUSTAH<sup>30</sup>.

Assim, ao analisar a Minustah, o autor não encontrou um avanço que fosse motivo para afirmar que o Brasil, na sua prática no Haiti, tenha realizado uma mudança significativa na resolução de conflitos. Segundo ele, “a força empregada nas ações de combate e tipo polícia esteve de acordo com o mandato da Minustah ou extrapolou seus limites, gerando acusações de violação de direitos humanos aos capacetes azuis por parte de organizações internacionais”, isto é, mesmo cumprindo uma parte dos objetivos propostos pelas resoluções feitas pelo CS/ONU para o Haiti, o Brasil não mostrou qualquer avanço em relação aos paradigmas de resolução dos conflitos internacionais, posicionando-se no “universo de boa vontade e da oratória” segundo o autor. As fontes utilizadas por Corrêa em sua dissertação, no que se refere às críticas à Minustah, estão pautadas por relatórios de ONGs, principalmente as internacionais.

O coordenador do USAID, na Embaixada dos EUA em Brasília, Alisson Reis do Nascimento, no seu artigo “A ONU e as intervenções armadas intra-estatais: o caso do Haiti 2009”, afirma que a ONU também sofre uma grande influência dos EUA, mesmo sendo uma instituição internacional, pois são os EUA o país que mais contribui financeiramente com a ONU. O caso do Haiti, não seria algo que interessaria à política externa norte-americana, assunto que já ocupou o país algumas vezes. Para o governo americano, a Minustah deve resolver alguns problemas relacionados ao tráfico de drogas e imigração ilegal (por exemplo, os *boat people*), os quais são os únicos interesses que os estadunidenses têm com relação à aprovação e continuação da Minustah. Nesse cenário, o Brasil estaria, ao participar da missão, apoiando os anseios dos norte-americanos.

Em “A atuação das tropas de paz da ONU no Haiti”, o pesquisador da Universidade de Fortaleza, Marcelo Renato Alves de Araújo<sup>31</sup>, de forma resumida descreveu a história do Haiti e a tradição brasileira nas missões de paz sob a égide da ONU. Aliás, estes dois eixos citados: história do Haiti e a tradição brasileira nas missões de paz aparecem lado a lado na maioria

---

<sup>30</sup> Ibidem., p. 88.

<sup>31</sup> ARAÚJO, Marcelo Renato Alves de. A atuação das tropas de paz da ONU no Haiti. 2010. Disponível em: [https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv\\_encontro/atuaodastropasdepaz.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/atuaodastropasdepaz.pdf) Acessado em: 20 jun. 2015.

dos textos lidos.

O referido texto conclui que a Minustah não é uma forma de resolução dos problemas internos do Haiti: “Só resta esperar os desdobramentos de sua própria política interna e como a ONU deixará o país assim que considerar concluída a Minustah” (idem), pois a Minustah estaria focando suas ações somente na segurança do país. Araújo compreende que “o Exército Brasileiro executa suas tarefas de forma exemplar”, mas não haveria uma solução para o caso haitiano por via de uma missão militar de paz.

Nesse sentido, Araújo pode ser visto como um autor que não vislumbra, na missão, ganhos políticos para pretensões brasileiras. Tal premissa evidenciaria a própria fragilidade econômica do Brasil perante os outros “grandes” membros da ONU, deixando o país em um segundo plano. Por fim, ele afirma que a missão tem sido um sucesso para as tropas brasileiras, mas “a situação do Haiti continua bastante frágil e que uma Missão de Paz Armada não é a única solução para se salvar um país a um longo prazo”<sup>32</sup>.

Um fato interessante é o de que nenhum autor localizou, no Sistema de Planejamento do Exército (SIPLEx), uma nova diretriz para atuação da instituição, ou seja, uma nova maneira de participar de operações internacionais<sup>33</sup>, fato que ocorreu no governo de Cardoso.

## 1.2 O ESTADO HAITIANO: ANÁLISES HISTÓRICO-ESTRUTURAIS

Alguns trabalhos consideram o Haiti como uma nação de “Estado Falido”, “Estado Frágil”, “Estado Fraco” ou “Quase-Estado”. Tais conceitos não são sinônimos, afinal, cada um gera uma visão sobre o processo histórico do Haiti, as quais se desdobram em projeções para o futuro do país. Esses termos começaram a surgir no pós Guerra Fria. Assim sendo, com o desmantelamento da URSS, em 1991, ter-se-ia inaugurado uma Nova Ordem Mundial, em que temas como meio ambiente, direitos humanos e questões ligadas ao desenvolvimento social são incluídos na agenda da ONU. Na transição de um sistema bipolar para um multipolar, não apenas as relações políticas mundiais são reorganizadas, mas o próprio sistema de Operações de Paz. As Missões de Paz que estão ligadas à *peace building*, tornam-se mais frequentes na pauta da ONU. Um exemplo dessas missões é o caso do Timor Leste (em 1999), um outro seria o próprio Haiti.

As análises desses pesquisadores versam sobre a desconstrução ou, a não formação do Estado haitiano. Esses autores, todavia, acreditam que os problemas históricos do Haiti podem ser superados, mesmo que em longo prazo, com apoio das instituições internacionais e com a cooperação de outros países.

Um exemplo dessa abordagem é o artigo “A Construção da Desigualdade no Haiti: experiências históricas e situações atuais” da Coordenadora do Curso de Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília, Renata de Melo Rosa<sup>34</sup>, que analisou os

<sup>32</sup> Ibidem., p. 06.

<sup>33</sup>

<sup>34</sup> ROSA, Renata de Melo. A Construção da Desigualdade no Haiti: experiências históricas e situações atuais. *Universitas: Relações Internacionais*. v. 4, n. 2. p. 5-30, 2006. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/160> Acessado em: 20 abr. 2019.

pressupostos das desigualdades sociais e raciais no Haiti contemporâneo. O trabalho de Melo Rosa faz uma reflexão sobre as relações sociais haitianas, utilizando autores haitianos e da República Dominicana e entrevistas com soldados que participaram da Minustah. O seu trabalho é interessante ao mostrar como a ilha caribenha, mesmo depois de efetivar uma revolução, conquistando, assim, sua independência, em 1804, não conseguiu acabar com o legado colonial. Para a estudiosa, “os movimentos pós-coloniais foram, de fato, motivados no sentido de ocupação do lugar do colonizador e não, necessariamente, a inversão da ordem colonial rumo a sua completa negação<sup>35</sup>”. A “falta de organicidade da elite haitiana” e a reprodução pós-independência dos *modus operandi* dos colonizadores teriam provocado uma “mera substituição de quadros<sup>36</sup>”.

Já “Missões de paz em Estados frágeis: elementos para se refletir a presença do Brasil no Haiti”, de Antônio Jorge Ramalho da Rocha<sup>37</sup>, que dirigiu o Departamento de Cooperação do Ministério da Defesa e implementou o Centro de Estudos em Porto Príncipe, no Haiti<sup>10</sup>, é um texto mais direto que discute a questão da intervenção da ONU no apoio aos Estados frágeis. A ONU,

por muito tempo, funcionou com base em presunção de que os Estados resolveriam possíveis crises, mesmo em territórios contestados [...]”, ou seja, que o sistema liberal tornar-se-ia o “modelo de organização política e econômica das sociedades modernas”. Adversamente, ocorreu um fracasso do sistema liberal, pois os países avançados não conseguiram efetivar as instituições democráticas nos países em desenvolvimento. À época de sua fundação, a ONU não tinha como objetivo atuar nesses “Estados Frágeis”, porque estaria despreparada para “promover a paz ou, pelo menos, a impedir genocídios ou violência generalizada que ameaçasse a paz<sup>38</sup>”.

Para Ramalho, o Estado deve ser um provedor de “bens públicos”, nas suas mais diversas esferas: segurança, saúde, educação. Quando o Estado não alcança os fins de promover o bem-estar dos seus cidadãos, é possível que as instituições internacionais apoiem, por meio de fomento, ajuda a esses países. Se necessário para assegurar a ordem pública no Estado, a ONU pode intervir, desde que seja convidada pelas partes envolvidas no conflito, ou por um representante do país. Todavia, a fragilidade ou falência de um Estado fica exposta, na medida em que, para manter o mínimo de ordem, precisaria de tropas estrangeiras.

Segundo o autor, essa discussão sobre o “Estado frágil, falido ou fraco” é uma maneira de compreender a atuação do Brasil nas missões de paz. No caso do Haiti, o país manteve, desde o início da Missão, o comando das operações militares. Como “ator chave” da missão, criaram-se expectativas sobre quais seriam as soluções para garantir ao Estado haitiano suas funções básicas. Porém, segundo Ramalho, a pergunta que pairava naquele momento era: quando as tropas brasileiras saíam do Haiti? Havia uma expectativa de que a missão acabaria após a eleição de René Garcia Préval, em 2007, mas tal fato não ocorreu, levando vários setores da sociedade haitiana a questionar a presença estrangeira no seu país, configurando

<sup>35</sup> Ibidem., p. 05.

<sup>36</sup> Ibidem., p. 12.

<sup>37</sup> ROCHA, Antonio Jorge Ramalho da. Missões de paz em Estados frágeis: elementos para se refletir sobre a presença do Brasil no Haiti. In: NASSER, Reginaldo Mattar (org) *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*. São Paulo, UNESP, 2009. 232p.

<sup>38</sup> Ibidem., p. 02-03.

as tropas da ONU não mais como missão de paz, mas como força de ocupação. Por fim, a Minustah terminou em 2017, com as últimas tropas voltando aos seus respectivos países.

A ideia de que a Minustah deve ser uma missão de construção do país é central na pesquisa feita no Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da UFRGS, defendida por Mariana Dalalana Corbellini<sup>39</sup>: “Haiti: da crise à MINUSTAH”. Nela, a autora analisa a história do Haiti, relacionando os conflitos internos do país com as ocupações estrangeiras. Nesse sentido, Corbellini afirma que, internamente, a rivalidade entre pardos e negros, na busca de poder político provocou uma debilidade no funcionamento de serviços básicos. Percebe-se, segundo a autora, que a luta pelo poder criou uma pequena elite, que se reveza no poder, em prol de uma colossal massa de excluídos — que são, na sua maioria, negros.

Outro argumento elencado pela autora para defender a preponderância da construção do país, é o fato de prevalecer o uso descomedido da força nas disputas políticas no país. No Haiti, a ação de eliminar o inimigo político, por intermédio do assassinato ou por meio de golpes de Estado, tornou-se algo ordinário, gestando uma cultura política marcada pela violência. O resultado dessa cultura fica expresso no número de refugiados que vão para os países vizinhos ou próximos, como exemplo, a República Dominicana deixa de por ele na assistência de sua população - nas esferas política, social e econômica - motivando intervenções humanitárias de outros países, ou provocando distúrbios internos. Ela acrescenta: “Mesmo enfraquecido, o Estado costuma manter sua coesão territorial, porém, as relações entre as comunidades políticas dentro do Estado tornam-se conflituosas, e acabam por comprometer o desenvolvimento econômico, social e político do país”<sup>40</sup>.

Posteriormente, ela traça a trajetória do ONU, desde a carta de São Francisco, em 1945, passando pela criação do *Department of Peacekeeping Operations* (DPKO), até o “Relatório *Brahimi*”, feito em 2000, que faz sugestões e trata das questões mínimas necessárias para o desenvolvimento das novas missões de paz. No relatório, um dos pontos notáveis é a autorização de ambas as partes para efetivação de uma Operação de Paz. Nessa perspectiva, a ONU não estaria amplamente preparada para resolver os problemas internos do Haiti. Entre os anos de 2005 e 2007, a Minustah ainda não havia conseguido implementar melhorias significativas na situação do país, em suas diversas esferas - social, econômica, da segurança, entre outras<sup>41</sup>. Em 2008, pouca coisa mudara no cenário haitiano, pois “um ano após a pacificação de zonas críticas, uma insurgência de cunho político transformou-se em violência generalizada na capital, e só foi contida com a ação incisiva das forças da ONU”<sup>42</sup>. A dependência financeira internacional e a presença de tropas estrangeiras no Haiti são expressões da fragilidade do Estado haitiano. Os argumentos de Corbellini estão próximos dos defendido pelo Cientista Social da UFC, Luis Capelo Sarmiento<sup>43</sup>, no seu trabalho “O Brasil

<sup>39</sup> CORBELLINI, Maria Dalalana. *Haiti: da crise à MINUSTAH*, 2009. 155p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2009. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17674/000721343.pdf?sequence=1> Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>40</sup> Ibidem., p. 39.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> SARMENTO, Luis C.. *O Brasil e a MINUSTAH: As Motivações e Consequências de Uma Operação Liderada Pelo Brasil*. 2010. 106p. Monografia (Universidade Federal do Ceará). 2010

e a Minustah: as motivações e consequências de uma operação liderada pelo Brasil”.

Já a dissertação de Roberto Escoto<sup>44</sup>, “Construção do Estado e Democratização do Haiti: Uma análise das Intervenções da ONU sob o Enfoque da Segurança Humana (1993-1996 e 2004-2008)”, orientada pelo professor Antônio Jorge Ramalho, é um exemplo dentre os autores que reconhecem os obstáculos históricos do Haiti, mas Escoto, entre outros, não acredita que esses entraves históricos sejam insuperáveis. Para ele, a Minustah vem conseguindo reconstruir o Haiti, principalmente no quesito da Segurança Humana. Ao garantir a segurança da população, a missão possibilitou assegurar a estabilidade política e o início da reversão da miséria. Para ele, “o importante [...] é reconhecer o papel da ONU e da comunidade internacional na seleção e no atendimento de um adequado rol de prioridades nas diversas áreas que afetam a segurança”<sup>45</sup>. Segundo Escoto, toda operação militar é comandada pelo BRABATT, que vem atuando no treinamento da PNH. Depois que o Haiti tivesse sua polícia treinada, e um regime político estável, os países que compõem a Minustah poderiam sair do país, contudo, nesse momento, a saída seria prematura, conforme o autor.

O último trabalho analisado é o do general de Brigada do Brasil, Carlos Alberto dos Santos Cruz<sup>46</sup>, que chefiou as Forças de Paz da ONU no Haiti, entre 2007 e 2009. Em “Haiti: interferências externas e deformações na política interna”, ele defende que as lutas internas pós-independência geraram mazelas que são percebidas até hoje no país. A predominância de uma pequena elite, as ocupações estrangeiras (como ocorreu de 1915-1934, quando os EUA invadiram a ilha) ou a influência econômica das grandes empresas multinacionais fizeram com que o país não conseguisse se desenvolver. Segundo o autor, há uma ideia na sociedade haitiana de que as invasões estrangeiras são causadoras das mazelas no Haiti: “E essas ideias, transmitidas de modo bastante frequente, geram na população um sentimento de que não são seus próprios líderes os responsáveis pelos problemas [no país]”<sup>47</sup>. Diante da debilidade política gerada, entre outros motivos, pelo contexto acima, o Estado haitiano é incapaz de prover os serviços públicos necessários para sua população, tais lacunas, conforme o General, não outorgaram o ingresso do país na “era democrática”.

Mesmo com número gigantesco de ONGs no país, conforme o autor, mais de “10 mil [...], com apenas quatrocentas registradas no órgão de planejamento econômico e cooperação externa”, produziram-se apenas melhorias pontuais, mas o processo estrutural de pobreza não foi alterado: “As ações ao longo dos anos produziram alguns benefícios, mas não tiraram o Haiti da lista dos países mais pobres do mundo, demonstrando a falta de impacto na ponta da linha, na melhoria de vida do povo”<sup>48</sup>, segundo o autor.

A Missão, como o trabalho das ONGs, não conseguiu alterar de forma significativa as consequências advindas do longo processo de instabilidade política, econômica e social, entre outras. O terremoto “é uma oportunidade para realizar modificações no modelo seguido, para

<sup>44</sup> ESCOTO, Roberto. *Construção do Estado e Democratização do Haiti: Uma análise das Intervenções da ONU sob o Enfoque da Segurança Humana (1993-1996 e 2004-2008)*, 2009. 150p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/4933> Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>45</sup> Ibidem., p. 141.

<sup>46</sup> CRUZ, Carlos Alberto dos Santos. Haiti interferências externas e deformações na política interna. *Revista Política Externa*. Vol. 19, n1 jun/jul/ago, p. 93-101, 2010.

<sup>47</sup> Ibidem., p. 97.

<sup>48</sup> Ibidem., p. 100.

que os benefícios cheguem ao povo necessitado”<sup>49</sup>.

A guisa de conclusão o autor diz que as soluções dos problemas devem ser “prerrogativas das autoridades haitianas, que respondem perante o seu povo”<sup>50</sup>. Fica claro no texto que mesmo o Haiti sendo um país com graves problemas nas mais diversas esferas, cabe ao próprio povo haitiano implementar as melhorias necessárias.

### 1.3 ARTIGOS DE BALANÇO: OS OBJETIVOS DA MINUSTAH

Os artigos aqui analisados trabalham com relatórios da ONU e dialogam com a literatura que versa sobre a Minustah. Um dos fatores determinantes para a seleção desses autores reside no fato de eles poderem analisar a Minustah e a política externa brasileira com mais profundidade, já que trabalham com um período de mais de cinco anos. Nesse sentido, o ensaio de doutorando em História pela Universidade de Coimbra, Fernando Cavalcante (2010), “Revisitando o Debate Nacional: cinco anos da missão no Haiti”, buscou fazer um balanço geral da missão através da literatura, principalmente a internacional. O objetivo do autor é compreender os resultados dos cinco anos da missão e apontar o futuro da presença brasileira na ilha caribenha.

Em sua análise, no início da missão, em 2004, ocorreu uma comparação do Brasil com os EUA que, um ano antes, havia invadido o Iraque. Posteriormente, acendeu-se o debate sobre a busca de um assento no CS da ONU orquestrada pela diplomacia brasileira. Faz parte desse esforço histórico a luta brasileira por uma reforma do CS e pela criação do G-4 (Alemanha, Brasil, Índia e Japão), entretanto a reforma não ocorreu. Cavalcante afirma que o Itamaraty tentou negar a associação entre a busca do assento permanente do CS e a Minustah. O texto analisa a ideia de que a Minustah representaria uma nova forma de atuação da política externa brasileira pós Guerra Fria, assim como seria uma forma de remodelar a atuação das Forças Armadas brasileiras após o período de transição para a democracia.

Os custos da missão foram, dos componentes da missão, o que obteve maior evidência nos meios de comunicação<sup>51</sup>. O Itamaraty defende os gastos, afirmando que a missão no Haiti é de cunho humanitário e, por isso, “não se pode colocar preço”. “Mesmo que a Missão tenha falhado em cumprir alguns dos seus objetivos, é possível verificar que a atuação do Brasil trouxe alguns dos resultados esperados em âmbito nacional”<sup>52</sup>, conclui o autor. Ainda há, depois de cinco anos, uma fragilidade no quesito segurança e, na esfera econômica, pouco se avançou. Dessa forma, a nova problemática colocada no texto, agora não está mais em “o que vamos fazer no Haiti”, mas no “como será feita a retirada das tropas do país caribenho”<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem., p. 100-101.

<sup>51</sup> CAVALCANTE, Fernando. Revisitando o Debate Nacional: Cinco anos de missão no Haiti. In: *Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*, 3. 2009. Universidade Estadual de Londrina, na cidade de Londrina (PR), 2009. Artigos, 1-12p. Disponível em: [https://www.abedef.org/conteudo/view?ID\\_CONTEUDO=72](https://www.abedef.org/conteudo/view?ID_CONTEUDO=72) Acessado em: 20 jun. 2010.

<sup>52</sup> Ibidem., p. 53.

<sup>53</sup> Ibidem., p. 153.

No artigo “O Haiti e os desafios de uma reconstrução sustentável — um olhar sul americano”, Mônica Hirst faz uma análise da história do Haiti para acrescentar que, ao efetivar a Minustah:

Varreram-se para debaixo do tapete os problemas gerados pelas inconsistências e insuficiências da cooperação internacional prestada pelos principais doadores (EUA, França e Canadá), pela ação descoordenada e descontrolada das ONGs, pela presença superdimensionada de contingentes militares, pela precária articulação entre ações de assistência dos países latino-americanos ou pela crescente falta de diálogo entre o governo local e a administração civil da MINUSTAH<sup>54</sup>.

Os pontos citados acima são demonstrativos de que a missão no Haiti não utilizou o histórico das experiências fracassadas no país para efetivar uma nova ação, que poderia ser mais bem planejada. Após o terremoto de 2010<sup>55</sup>, uma quantidade de recursos financeiros foi prometida ao Haiti. Para um controle desses recursos foi criado “um „conselho de tutela” temporário — rotulado de Comissão para reconstrução do Haiti (CRH) — sobreposto ao Estado haitiano, nos próximos 18 meses”. Hirst prossegue afirmando que “O arranjo „híbrido” em funcionamento supõe uma administração compartilhada entre o governo do Haiti [...] e as Nações Unidas — assumida pelo representante especial da ONU para o Haiti, Bill Clinton”<sup>56</sup>.

Mesmo com cenário diferente de 2004, a ONU não fez alterações nas funções da Minustah. Ocorreu um aumento do contingente militar e policial, e a inclusão da ajuda humanitária. Todo este aparato político e humanitário advém, segundo a autora, da concepção da ONU de que o Haiti é um Estado falido. Segundo Hirst “[...] é reconhecida a condição de Estado falido, identifica-se a reconstrução do aparelho estatal como a tarefa medular do plano de ação”<sup>57</sup>. Sobre o Brasil, a pesquisadora afirmou que o país, desde o início da operação de paz, trabalha de forma conjunta - mas isso não significa que há uma Coordenação coesa entre os membros - ou seja, com os países da América do Sul que estão no Haiti. Além disso, houve uma tentativa brasileira de efetivar um perfil próprio de atuação.

Dessa forma, o governo Lula combinaria política regional com interesses internacionais. Hirst também aponta para um enfraquecimento da atuação civil no Haiti e considera que as ações da Minustah são mais de caráter individual do que uma ação coordenada dos países membros. Mesmo Argentina, Brasil e Chile, não atuaram de forma coesa. Segundo ela, aos países da América Latina, em especial “o grupo ABC (Argentina, Brasil e Chile) cabe, atualmente, a responsabilidade de valorizar os avanços obtidos nos últimos seis anos no Haiti para a recuperação de uma trajetória positiva de desenvolvimento sustentável

<sup>54</sup> HIRST, Mônica. O Haiti e os desafios de uma reconstrução sustentável – um olhar sul- americano. *Revista Política Externa - USP*. Vol. 19, nº1. Jun/jul/Agos. p. 103-111. 2010. p. 104.

<sup>55</sup> O terremoto ocorreu em 12 de janeiro de 2010 e matou milhares de haitianos e 21 brasileiros sendo 3 civis e 18 soldados que participavam da missão. A catástrofe foi amplamente divulgada pela mídia nacional e internacional. Nesse ano vários jornais realizaram uma espécie de balanço da participação do governo brasileiro no Minustah e dos possíveis objetivos da política externa do Brasil com a Missão.

<sup>56</sup> *Ibidem.*, p. 105.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p. 105.



e governabilidade democrática”<sup>58</sup>

Outra preocupação expressa pela autora é a de que a Missão não seja percebida pelos haitianos como uma força de ocupação. Tal percepção prejudicaria todo o andamento das ações no Haiti. Mônica Hirst afirma, também, que o Brasil, mesclando suas ações no país caribenho como um fator “regional e global”, buscou ser um ator relevante visando à conquista de um assento permanente no CS da ONU, algo que não ocorreu até o presente momento.

Os autores sinalizam que os objetivos da política externa brasileira não foram concretizados e que a falta de um estudo de outras missões de paz que não foram exitosas poderá provocar problemas graves no andamento da missão.

Assim, para fins didáticos, elaboramos para as pré-considerações finais, a Tabela 2, com as indicações das principais características das quatro vertentes analisadas neste artigo:

**TABELA 2 – Síntese das análises sobre a participação do Brasil na Minustah**

VERTENTES	AUTORES	ARGUMENTOS CENTRAIS
<b>OS DEFENSORES DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH</b>		Não se visa à obtenção de ganhos econômicos com a missão;  A missão é formada por países em desenvolvimento;
	Ricardo Seitenfus (2006 [a] e [b]);	A missão é uma questão de humanidade, solidariedade e generosidade;
	Gabriela Daou Verenhitch (2008);	Mudança do princípio da não-intervenção pelo da não-indiferença, ou seja, o Brasil projeta sua diplomacia onde achar necessário, seja na América Latina ou fora dela;
	Luisa Café Figueiredo Façanha (2008).	A estrutura da Minustah é uma nova proposta para a resolução dos problemas internacionais;
	Severino de Ramos Bento da Paixão (2010)	Imagem positiva para o Brasil, que melhorou suas relações com os países da América Latina;
		A missão melhoraria as relações com as organizações internacionais, principalmente com a ONU.

<sup>58</sup> Ibidem., p. 110.

<p><b>VISÃO CRÍTICA</b></p>	<p>Bárbaras Gomes Lamas (2005);</p> <p>Suzeley Kalil Mathias e Leandro L. Pepe (2006);</p> <p>Paulo Gustavo P. Corrêa (2009);</p> <p>Marcelo Renato Alves de Araújo (2010).</p>	<p>Aspectos como a da insegurança e o dos Direitos Humanos são desrespeitados;</p> <p>Existência de acordos da Agência Brasileira de Cooperação – ABC com a Agência dos Estados Unidos, para o Desenvolvimento Internacional – USAID;</p> <p>Objetivo da missão não foi cumprido pelo BRABATT;</p> <p>Discurso da não-indiferença pertenceria mais ao âmbito da retórica, que ao de uma ação concreta no Haiti;</p> <p>Abusos contra os Direitos Humanos;</p> <p>Missão está focada nos objetivos da Política Externa, que busca maior visibilidade no cenário internacional, assento no CS/ONU e papel de <i>global player</i>;</p> <p>A Minustah vem extrapolando os mandatos da ONU no Haiti.</p>
<p><b>ANÁLISES HISTÓRICO-ESTRUTURAIS</b></p>	<p>Renata de Melo Rosa (2006);</p> <p>Antonio Jorge Ramalho da Rocha (2008);</p> <p>Mariana Dalalana Corbellini (2009);</p> <p>Carlos Alberto dos Santos Cruz (2010).</p> <p>Alisson Reis do Nascimento (2009)</p> <p>Roberto Escoto (2009)</p> <p>Luis Capelo Sarmiento (2010).</p>	<p>Fatores históricos, culturais, sociais e políticos agravam problemas internos do Haiti;</p> <p>Missão é um aporte para garantir o regime político do Haiti.</p>
<p><b>ARTIGOS DE BALANÇO</b></p>	<p>Mônica Hirst (2010);</p> <p>Fernando Cavalcante (2010).</p>	<p>Análise comparada entre o início da missão e o período posterior às eleições de 2006;</p> <p>Discussão sobre uma possível retirada das tropas brasileiras do Haiti;</p> <p>As ações da Minustah conseguiram cumprir seus compromissos parcialmente.</p>

Fonte: Elaborada pelos autores.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS



Com o levantamento dessas quatro visões sobre a participação brasileira na Minustah, podemos afirmar que, na esfera acadêmica, não ocorreu uma interpretação acrítica sobre o processo, mas sim um amplo debate sobre o Brasil e a Minustah. Esse debate contempla temas que transitam da nova interpretação de atuação do Brasil nas Missões de Paz à garantia da estabilidade política no Haiti. Não ficaram de fora os interesses do governo brasileiro de alcançar um assento no Conselho de Segurança da ONU e a questão dos refugiados haitianos no Brasil.

Os autores filiados ao grupo dos defensores da participação brasileira na Minustah superestimam as ações do governo brasileiro no país caribenho, embaçados, a maioria deles, pela análise feita por Seitenfus. A partir de 2009 o tema “Diplomacia Solidária” vai perdendo força como uma possível teoria ou ação da política externa brasileira no Haiti.

De outro lado, os críticos da participação brasileira na Minustah embasaram suas análises em comparações entre a Minustah com outras missões do mesmo porte - no caso de Corrêa<sup>59</sup> - ou, ainda, no fato de o Brasil não ter conseguido, até o momento, um assento no Conselho de Segurança da ONU<sup>60</sup>. Consideram, contudo, que esses fatos não mitigaram a importância das ações do Brasil na missão, porém alertam para o desrespeito aos Direitos Humanos. Também é relevante o estudo deste bloco, pois há nele uma desconstrução de uma suposta “Diplomacia Solidária”, isto é, os autores afirmam que as ações das tropas brasileiras, sob a égide da ONU, não são diferentes de outras missões já efetuadas por esta importante instituição internacional.

O terceiro grupo, os que analisam os aspectos histórico-estruturais, veem, nação do Brasil, uma possibilidade de retirar o Haiti do seu ciclo de golpes econtragolpes, e do estado de insegurança pública. Nessa perspectiva, a Missão conseguiu, mesmo que parcialmente, cumprir com as resoluções e objetivos da ONU.

Os artigos de balanço demonstram que os objetivos políticos da missão não foram alcançados na sua totalidade pelo governo brasileiro e que era necessário redefinir a estrutura da missão para que os haitianos tivessem de fato suas vidas reestruturadas para melhor, algo que não ocorreu.

Outro item importante é a tentativa de remodelagem das Forças Armadas brasileiras pós Regime Militar, de uma instituição opressora para uma que nutre e defende a paz. Após a análise de Cavalcante<sup>61</sup> e Hirts<sup>62</sup> fica a seguinte questão, quando será a retirada das tropas brasileira do Haiti e quais serão os ganhos políticos dessa missão para o país? Com o advento

<sup>59</sup> CORREA, Paulo Gustavo Pellegrino. *MINUSTAH e diplomacia solidária: criação de um novo paradigma nas operações de paz?* 2009. 110p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/973/2870.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em: 10 jan. 2010.

<sup>60</sup> MATHIAS, Suzeley Kalil; PEPE, Leandro Leone. Segurança e Democracia: A Atuação do Brasil no Haiti. *LASA'S XXVI Internacional Congress*. San Juan, march 15-18, 2006. Disponível em: <http://www.resdal.org> Acessado em: 20 jul. 2010.

<sup>61</sup> CAVALCANTE, Fernando. Revisitando o Debate Nacional: Cinco anos de missão no Haiti. In: *Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*, 3. 2009. Universidade Estadual de Londrina, na cidade de Londrina (PR), 2009. Artigos, 1-12p. Disponível em: [https://www.abedef.org/conteudo/view?ID\\_CONTEUDO=72](https://www.abedef.org/conteudo/view?ID_CONTEUDO=72) Acessado em: 20 jun. 2010.

<sup>62</sup> HIRST, Mônica. O Haiti e os desafios de uma reconstrução sustentável – um olhar sul-americano. *Revista Política Externa - USP*. Vol. 19, nº1. Jun/jul/Agos. p. 103-111. 2010.

das eleições de 2018, ficou claro que o Haiti foi um laboratório para que as Forças Armadas atuassem politicamente novamente, frustrando a análise de Cavalcante e Hirts<sup>63</sup>.

A partir do desenho desse cenário, fica alcançado nosso objetivo de compreender a repercussão na opinião pública obtida pela participação do Brasil na Minustah dentro do campo acadêmico. Com o fim da missão brasileira em território haitiano, encontramos uma nova agenda de pesquisa a ser explorada.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Rodrigo. *Haiti, depois do inferno: Memórias de um repórter no maior terremoto do século*. 1ª ed. São Paulo: Globo, 2010. 120 p.

AMORIM, Celso. Conceitos e Estratégias da Diplomacia do Governo Lula. *Revista Diplomacia, estratégia e Política*. Vol.1, n.1, p.41-47, out/dez, 2004.

ARAÚJO, Marcelo Renato Alves de. *A atuação das tropas de paz da ONU no Haiti*. 2010. Disponível em: [https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv\\_encontro/atuaacaodastropasde paz.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/atuaacaodastropasde paz.pdf) Acessado em: 20 jun. 2015.

ATASSIO, Aline; PINTO, Roque; GUSMÁN, Socrates. Sob a espada de Dâmocles: os militares no Brasil e a democracia tutelada. *Revista Brasileira de Estudos Estratégicos*. V.13, n.25, 2021.

CAVALCANTE, Fernando. Revisitando o Debate Nacional: Cinco anos de missão no Haiti. In: *Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*, 3. 2009. Universidade Estadual de Londrina, na cidade de Londrina (PR), 2009. Artigos, 1-12p. Disponível em: [https://www.abedef.org/conteudo/view?ID\\_CONTEUDO=72](https://www.abedef.org/conteudo/view?ID_CONTEUDO=72) Acessado em: 20 jun. 2010.

CORREA, Paulo Gustavo Pellegrino. *MINUSTAH e diplomacia solidária: criação de um novo paradigma nas operações de paz?* 2009. 110p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/973/2870.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em: 10 jan. 2010.

CORBELLINI, Maria Dalalana. *Haiti: da crise à MINUSTAH*, 2009. 155p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2009. Disponível em:

<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17674/000721343.pdf?sequence=1> Acessado em: 10 jan. 2010.

CRUZ, Carlos Alberto dos Santos. Haiti interferências externas e deformações na política interna. *Revista Política Externa*. Vol. 19, n1 jun/jul/ago, p. 93-101. 2010

ESCOTO, Roberto. *Construção do Estado e Democratização do Haiti: Uma análise das*

<sup>63</sup> Para esse assunto, ver ATASSIO, Aline; PINTO, Roque; GUSMÁN, Socrates. Sob a espada de Dâmocles: os militares no Brasil e a democracia tutelada. *Revista Brasileira de Estudos Estratégicos*. V.13, n.25, 2021.

*Intervenções da ONU sob o Enfoque da Segurança Humana (1993-1996 e 2004- 2008)*, 2009. 150p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/4933> Acessado em: 10 jan. 2010.

FAÇANHA, Luisa Café Figueiredo. As motivações da política brasileira para Participação das Missões de Paz das Nações Unidas: O caso do Haiti. In: *Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*, 2. 2008, Niterói (RJ), 2008. Atigos,1-12p. Disponível em: <http://www.abed-defesa.org> Acessado em: 20 jun. 2010.

HIRST, Mônica. O Haiti e os desafios de uma reconstrução sustentável – um olhar sul-americano. *Revista Política Externa - USP*. Vol. 19, nº1. Jun/jul/Agos. p. 103-111. 2010.

LAMAS, Bárbara Gomes. MINUSTAH e implicações para as aspirações internacionais do Brasil. *Conjuntura Internacional*. Belo Horizonte, v. 2, p. 2-6, 2005. Disponível em: <http://www.pucminas.br/imagedb/conjuntura/> Acessado em:19 jan. 2011.

MATHIAS, Suzeley Kalil; PEPE, Leandro Leone. Segurança e Democracia: A Atuação do Brasil no Haiti. *LASA`S XXVI Internacional Congress*. San Juan, march 15-18, 2006. Disponível em: <http://www.resdal.org> Acessado em: 20 jul. 2010.

NASCIMENTO, Alisson Reis do. A ONU e as intervenções armadas intra-estatais: o caso do Haiti. *Universitas: Relações Internacionais*. Vol. 7, n. 2, 2009. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br) Acessado em: 10 ago. 2010.

PAIXÃO, Severino de Ramos Bento da. *O impacto dos novos parâmetros adotados pelas nações unidas para as operações de paz na tradição política externa brasileira*, 2008. 111p. Dissertação (Mestrado em em Ciência Política). Universidade Federal Fluminense (UFF), Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.abed-defesa.org> Acessado em: 10 jan. 2010.

ROCHA, Antonio Jorge Ramalho da. Missões de paz em Estados frágeis: elementos para se refletir sobre a presença do Brasil no Haiti. In: NASSER, Reginaldo Mattar (org) *Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões*. São Paulo, UNESP, 2009. 232p.

ROSA, Renata de Melo. A Construção da Desigualdade no Haiti: experiências históricas e situações atuais. *Universitas: Relações Internacionais*. v. 4, n. 2. p. 5-30, 2006. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/160> Acessado em: 20 abr. 2019.

RUPPENTHAL, Tailon. *Um Soldado Brasileiro no Haiti*. 1ª ed. São Paulo: Globo, 2007. 200p.

SARMENTO, Luis C.. *O Brasil e a MINUSTAH: As Motivações e Consequências de Uma Operação Liderada Pelo Brasil*. 2010. 106p. Monografia (Universidade Federal do Ceará). 2010

SEITENFUS, R. Elementos para uma diplomacia solidária: a crise haitiana e os desafios da ordem internacional contemporânea. In: *Carta Internacional*. vol. 1, n. 1, mar. de 2006[a]. Disponível em: <https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/248> Acessado em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. *De Suez ao Haiti: a participação brasileira nas Operações de paz*. 2006[b], 15p. Disponível em: [http://www.seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus\\_-\\_De\\_Suez\\_ao\\_Haiti.pdf](http://www.seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus_-_De_Suez_ao_Haiti.pdf) Acessado em: 10 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. O Brasil errou em enviar tropas para Haiti? Opinião p.2, Folha de São Paulo, São

Paulo, 23, out. de 2004.

STOCHERO, Tahiane. *DOPAZ: como a tropa de leite do exército brasileiro pacificou afavela mais violenta do Haiti*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva. 2010. 216p.

VERENHITACH, Gabriela Daou. *A MINUSTAH e a Política Externa Brasileira: motivações e consequência*, 2008. 136p. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana). Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em:

<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9701/GABRIELADAOVERENHITACH.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acessado em: 10 jan. 2010.



## CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS DA CESSÃO DE CRÉDITO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

ASSIGNMENT OF CONTRACTUAL POSITION: SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN THE INSTITUTES OF ASSIGNMENT OF CREDIT AND DEBT ASSUMPTION

ROBERTO OLIVEIRA FILHO\* | LETICIA MACHEL LOVO\*\*

### RESUMO

O crédito é fundamental para o acesso as necessidades especiais do homem, tais como moradia, educação e saúde, principalmente para satisfazer a dignidade humana. No Direito Romano, a substituição da posição de devedor e credor era inadmissível, sendo frequentemente utilizada a figura da novação, mediante a delegatio, a expromissio e as ações úteis. Somente a partir do século XIX, o Direito passou a explorar a criação de instrumentos jurídicos que viabilizassem a substituição da posição do credor e do devedor. Dessa forma, a presente pesquisa se propõe a examinar a disciplina da transmissão das obrigações no Direito Civil, através das semelhanças e diferenças entre os institutos da cessão de crédito e da assunção de dívida.

**Palavras-chave:** Obrigações; cessão de crédito; Assunção de dívida; credor; devedor.

### ABSTRACT

Credit is essential for obtaining the special needs of man, such as housing, education and health, and mainly to satisfy human dignity. In Roman Law, the replacement of the position of debtor and creditor was inadmissible, and the figure of novation was frequently used, through delegatio, expromissio and the useful actions. It was only in the 19th century that the Law began to explore the creation of legal instruments that made it possible to replace the position of creditor and debtor. Thus, this research focus on the examination of the discipline of transmission of obligations in Civil Law, through the similarities and differences between the institutes of credit assignment and debt assumption.

**Keywords:** Obligations; credit assignment; debt assumption; creditor; debtor.

\* Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. L.L.M. em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Contratual pela Universidade Pontifícia de Salamanca. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogado.

*robertoofadv@gmail.com*

\*\* Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Universidade de Franca. Advogada.

*leticiamlovo@gmail.com*

Recebido em 17-6-2021 | Aprovado em 10-11-2021



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CESSÃO DE CRÉDITO; 2. DAS MODALIDADES DE CESSÃO DE CRÉDITO; 3. DOS REQUISITOS DE VALIDADE E DA FORMA DA CESSÃO; 4. DA RESPONSABILIDADE DO CEDENTE; 5. DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA; 6. DISTINÇÃO ENTRE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA E NOVAÇÃO; 7. DAS FORMAS DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA; 8. DOS EFEITOS E DAS GARANTIAS DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## ■ INTRODUÇÃO

A transmissão das obrigações pode ocorrer através da cessão de crédito, da assunção de dívida, do endosso, da cessão de contrato e com a tradição manual do título da dívida.

O Direito Romano, em qualquer de suas fases, não admitia a transmissão das obrigações, seja por cessão de crédito ou assunção de dívida e muito menos por endosso. Na prática a transmissão das obrigações ocorria de modo indireto, sendo frequentemente utilizada a figura da novação, seja mediante a *delegatio* ou mesmo a *expromissio*, bem como outros institutos tais como a procuração em causa própria ou mesmo a concessão das ações úteis.<sup>1</sup>

A procuração em causa própria teve origem no Direito clássico em meados do século II a. C. ao final do século III d. C., na qual o credor, ao acionar, nomeava um procurador para agir em juízo, recebendo a dívida, sem a obrigação de prestar contas. A dispensa da prestação de contas dava a segurança que o cessionário necessitava.<sup>2</sup>

Foi com o sistema da concessão das *actio utilis* (ações úteis), nascido no século II d. C. e aprimorado no século IV, que surgiu no Direito Romano algo muito semelhante à moderna cessão de crédito. Através desse sistema, o credor transferia ao “cessionário” o direito de acionar o devedor. O “cessionário”, por razões de utilidade prática (*utilitatis causa*, daí o nome ações úteis), agia em seu próprio nome, em vez de agir representando o credor, na condição de procurador.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Nesse sentido Cf: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 248; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92; FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 496; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, jun. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5176>>. Acesso em: 08 out. 2020.

<sup>2</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, jun. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5176>>. Acesso em: 08 out. 2020.

<sup>3</sup> De acordo com Menezes Leitão: “Efectivamente, a sucessiva concessão das acciones utiles ao adquirente do crédito leva a que, após a extinção daquele conceito, a situação do cessionário pudesse ser vista como titular de um verdadeiro direito sobre o devedor, ocorrendo assim uma efectiva transmissão do crédito, de que a denuntiatio passa a ser considerada como um simples anúncio, que produzia que o devedor deixasse de ficar liberado com o pagamento do cedente” MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina. 2005. p. 31.



O devedor, uma vez notificado, só seria liberado de sua obrigação com o pagamento a esse “cessionário”. Entretanto, este instituto não pode ser chamado de cessão de crédito, como é entendido atualmente, mas dele muito se aproxima.<sup>4</sup>

Em relação à assunção de dívida, tampouco era admitida por meio direto, tal como ocorre nos dias atuais. Em todas as fases do Direito Romano não se a concebeu, a não ser pelos meios indiretos tais como a novação subjetiva passiva e a procuração em causa própria, concedida pelo devedor a quem fosse assumir o débito. Em ambos os casos, era necessária a anuência do credor.<sup>5</sup>

Por sua vez, há um consenso na afirmação de que o crédito representa um dos fatores mais relevantes do desenvolvimento sócio-econômico de uma nação. O emprego do crédito, já observava a doutrina clássica<sup>6</sup>, potencializa a utilização do capital e de riquezas e o seu custo determina a quantidade de investimento na produção, a capacidade de geração de empregos e a medida do consumo de bens das mais variadas naturezas.<sup>7</sup>

Tem-se, assim, que o crédito funciona como um importante instrumento de acesso aos bens materiais que, em uma palavra, possibilitam à pessoa satisfazer suas necessidades existenciais, tais como moradia, educação e saúde, em face da insuficiência do Estado, e assim desfrutar de uma vida digna.<sup>8</sup>

A partir do desenvolvimento das relações econômicas, notadamente durante o século XIX, o Direito passou a atentar para a criação de instrumentos jurídicos que viabilizassem a

<sup>4</sup> Explica Pontes de Miranda que: “[...] o outorgado podia impedir que o devedor pagasse, com eficácia liberatória, ao outorgante, desde que houvesse a denuntiatio do que se passou. Chegou-se quase à concepção da cessão de crédito, que é construção do direito comum. A ‘notificação’ segundo o art. 1.069 do Código Civil tem raízes na denuntiatio dos textos de Alexandre Severo e de Gordiano, mas a eficácia, hoje, é eficácia da cessão, estendida ao terceiro; no direito romano pós-clássico, apenas era eficácia do mandato em causa própria, ou do exercício da ação útil”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 249.

<sup>5</sup> “[...] o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo; mais tarde, a partir da lei Poetelia Papiria (326 a.C.), passou a ser um vínculo jurídico (isto é, imaterial, respondendo, então, pelo débito, não mais o corpo do devedor, mas seu patrimônio [...]) A obrigação, em consequência, deixa de vincular o corpo do devedor ao credor. A partir de então não mais deveria haver a impossibilidade de transmissão de crédito ou débito. No entanto, o Direito romano, em todas as suas fases de evolução, conservou teoricamente o princípio da intransmissibilidade do crédito e do débito. Na prática, porém, alcançaram-se, economicamente, os resultados da transmissão por meios indiretos” (ex. novação). MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 382.

<sup>6</sup> RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951. p. 132.134.

<sup>7</sup> MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina. 2005. p. 129.

<sup>8</sup> A doutrina atual não se cansa de salientar a importantíssima função do crédito, valendo citar o bem resumido pensamento de Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitro: “*Dal punto di vista economico, è noto che la economia moderna si fonda largamente sul credito. La maggior parte dei produttori, infatti, per potere collocare il maggior numero di beni prodotti, li vendono a credito; a loro volta, gli stessi produttori hanno bisogno di ricostituire i loro capitali in moneta, per potere riprendere il ciclo di produzione: perciò in tanto possono vendere a credito i prodotti, in quanto riescono a cedere ad altri (di solito: le banche) i crediti verso la clientela. In linea generale può affermarsi che chi há bisogno di credito l’ottiene tanto più largamente quanto più il creditore è sicuro di potere, sempre che voglia, cedere ad altri il suo credito e realizzarne così il valori in denaro*” AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. 20. Ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 305.

substituição da posição do credor e do devedor.<sup>9</sup> Logo, o que era inadmissível em tempos longínquos, em virtude do caráter personalíssimo da obrigação<sup>10</sup>, passou a ser fundamental para o melhor aproveitamento do crédito, permitindo sua utilização por um maior número de sujeitos, a um só tempo.

Hodiernamente, o Código Civil contém treze artigos para reger a matéria da cessão de crédito e cinco a respeito da assunção de dívida. Ao disciplinar os referidos institutos, emergem pontos dignos de elogios, bem como outros que são merecedores das mais variadas críticas. Tratam-se de normas que tem por objeto, primariamente, o acordo de transmissão e a extensão da eficácia translativa do crédito (bem como das demais etapas, suplementares, da cadeia), visto que as normas relativas ao negócio basal são extraídas do regramento próprio dos respectivos negócios.

À vista do que foi dito nestas notas introdutórias, o escopo deste estudo inicialmente consiste na análise da disciplina da transmissão das obrigações no Código Civil, através da comparação entre os institutos da cessão de crédito e da assunção de dívida, para posteriormente especificar as suas semelhanças e diferenças, razão pela qual é justificada a dupla previsão de transmissibilidade das obrigações no Código Civil.

Superada a parte introdutória do presente estudo, passa-se a uma breve exposição dos procedimentos metodológicos utilizados no desenvolvimento desta pesquisa. Diante da complexidade do assunto, revela-se necessário a escolha de mais de um método para o desenvolvimento da pesquisa jurídica. A metodologia, para Maria Hemília Fonseca<sup>11</sup>, corresponde a um conjunto de condições necessárias para que o trabalho científico tenha uma direção lógica para ser analisado de forma crítica por outro leitor.

---

<sup>9</sup> Referindo-se à cessão de crédito, sustentava Clóvis Beviláqua que se tratava de “instituto relativamente moderno, estranho aos romanos, para os quais a rigorosa personalidade do vínculo obrigacional não permitia a transmissão dos direitos creditórios por ato entre vivos. Hoje a doutrina está, definitivamente, formada, e os modernos Códigos Civis, o alemão, o suíço das obrigações, e o nosso, deram à transferência dos créditos o seu lugar próprio, na parte geral das obrigações, para acentuar a sua generalidade, e fixaram os seus caracteres dominantes” BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1958. p. 180.

<sup>10</sup> A respeito da natureza *intuitu personae* da obrigação, oportuno se faz citar as palavras de Lacerda de Almeida: “a par da transformação do conceito fundamental da obrigação em Direito Romano, uma escravidão do devedor é á divida, divida tão ligada com elle, tão pessoal, tão inseparavel delle devedor, que chegaram os medievaes a compará-la á lepra adherente ao corpo do leproso e que se lhe não pode arrancar nem tirar sem o proprio corpo: *ejus ossibus adhaeret ut lepra cuti*”. LARCEDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos effeitos das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 361.

<sup>11</sup> FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. – Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009. p. 3.

Dessa forma, além dos métodos lógicos, quais sejam o indutivo<sup>12</sup> e o dedutivo<sup>13</sup>, privilegiarão esta pesquisa os métodos histórico<sup>14</sup> e comparativo<sup>15</sup>.

## 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CESSÃO DE CRÉDITO

Conforme pontuado por Orlando Gomes<sup>16</sup>, a cessão de crédito é o negócio jurídico pelo qual o credor transfere a terceiro sua posição na relação obrigacional. De acordo com o referido professor, trata-se de negócio jurídico bilateral, aperfeiçoado mediante um contrato, não bastando mera declaração de quem pretende transferir o crédito, mas sim a complementação dessa declaração pela aceitação da pessoa a quem se deseja ceder o direito, ainda que tacitamente.

Por sua vez, o conceito mais detalhado de cessão de crédito foi apresentado no direito brasileiro originalmente por Pontes de Miranda:

A cessão de crédito é negócio jurídico bilateral de transmissão de crédito entre o credor e outrem. À base dêle pode haver negócio jurídico, porém a cessão de crédito independe dêle, ou da sua existência. A manifestação de vontade é elemento de acordo de transmissão, e esse acordo semelhante ao acordo de transmissão da propriedade imobiliária ou mobiliária, opera a transmissão sem precisar de qualquer outro elemento (e.g., na transferência da propriedade imobiliária, o registro; na transferência da propriedade mobiliária, a tradição, ou outro ato, inclusive registro).<sup>17</sup>

É possível observar que do conceito de cessão de crédito emerge a razão que torna possível afirmar que são partes desse negócio jurídico exclusivamente o credor no papel de

<sup>12</sup> O método indutivo consiste em um processo mental que parte de dados particulares suficientemente provados, dos quais infere-se uma verdade universal contida nos dados examinados. BARROS, Aidil Jesus da Silveira; SILVEIRA BARROS, Neide Aparecida de Souza Leheld. *Fundamentos de metodologia científica*. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 76.

<sup>13</sup> A dedução é o método pelo qual os resultados são obtidos de forma inversa à indução. É o caminho das conseqüências, decorrente de uma cadeia de raciocínios em conexão descendente, partindo do conhecimento geral para o particular, chegando-se assim a conclusão. A lógica deste método se faz da causa para o efeito. ANDRADE, Maria Margarida de. *Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

<sup>14</sup> O método histórico parte do princípio de que a atual estrutura da vida social, seus costumes e instituições têm origem no passado, sendo importante a realização de uma pesquisa sobre suas raízes de modo a compreender sua natureza e função. Com efeito, o método histórico consiste na investigação de acontecimentos e processos do passado para verificar sua influência no cenário social atual. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88-89.

<sup>15</sup> É o método básico e indispensável na procura de regularidades ou leis. Exige a visão externa e o uso da linguagem de dados da comunidade científica, pois é inútil comparar coisas incomparáveis, exigindo a identificação de condições limites, além combinar com o método histórico. MILLER JR, Tom Oliver. *Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas*. Natal: Editora da UFRN, 1991. p. 16.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 205.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 268.

cedente e o terceiro aceitante que figura como cessionário, sem a intervenção do devedor, o qual permanece à margem do referido negócio.<sup>18</sup>

Por sua vez, a marginalidade do devedor é, no entanto, relativa. O fato de ele não participar da cessão de crédito não permite induzir que sua realização seja concluída e produza os efeitos intencionados sem que o devedor ao menos esteja ciente da transmissão pretendida.<sup>19</sup> Essa regra, atualmente prevista no art. 290 do Código Civil é antiga, estando antes disposta no art. 1.069, do Código Civil de 1916<sup>20</sup>.

Malgrado seja bilateral, a cessão de crédito não constitui um contrato típico porquanto carece de identidade própria. Por tal razão, não deve ser interpretada como um contrato novo, produzindo apenas alterações subjetivas na relação jurídica a que se refere, sem a criação de novas obrigações.<sup>21</sup> Daí, revelam-se as diferenças entre a cessão de crédito, sub-rogação, e novação, institutos que *prima facie* se parecem.

Na sub-rogação, o vínculo obrigacional antigo não se desfaz, sendo o credor primitivo substituído por um novo, que realizará o pagamento no lugar do devedor, sub-rogando-se em todos os direitos do antigo credor.<sup>22</sup> Vale ressaltar o fato que o credor antigo teve o seu direito satisfeito pelo sub-rogatário e o devedor continua com a mesma obrigação, devendo pagar o novo credor.

Na novação, o vínculo antigo é desfeito, criando-se novo vínculo obrigacional, sem que haja pagamento, isto é, sem que haja satisfação do direito do credor. Não se trata apenas uma

---

<sup>18</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento acerca da dispensa da anuência do devedor a fim de que a cessão produza seus efeitos. Nesse sentido é o teor do recurso ordinário em mandado de segurança nº 12735: I - A cessão de créditos é disciplinada pelos artigos 1.065 e seguintes do Código Civil. A teor de tais dispositivos, o credor é livre para ceder seus créditos, "se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor." Em se tratando de créditos provenientes de condenações judiciais, existe permissão constitucional expressa, assegurando a cessão dos créditos traduzidos em precatórios (ADCT, Art. 78). Se assim acontece, não faz sentido condicionar a cessão ao consentimento do devedor, tanto mais, quando o devedor é o Estado, vinculado constitucionalmente ao princípio da impessoalidade. II - "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária." (Súmula 213/STJ). (STJ. RMS 12.735/RO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma. Dj 23/09/2002).

<sup>19</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 283-284; SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 327-328.

<sup>20</sup> A respeito do art. 1.069 do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua assim ponderava: "Em relação ao cedente e ao cessionário, a cessão produz os seus efeitos, desde que é celebrada. Mas, em relação ao devedor, não pode ela ter eficácia, senão depois que este a conhece. Se assim não fosse, seria o devedor prejudicado; porque, na ignorância de estar o crédito transferido, poderia pagar ao credor originário, e esse pagamento feito de boa fé seria considerado inoperante. Ou o prejudicado seria o cessionário, se tal pagamento se considerasse eficaz. O conhecimento da cessão é feito ao devedor pela notificação, que pode ser judicial ou extra-judicial. Esta última não tem forma estabelecida na lei, mas não basta a declaração verbal, pois há necessidade de fixar-se o tempo da cessão. Qualquer dos interessados, cedente ou cessionário, pode fazê-la." BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1958. p. 183.

<sup>21</sup> Nesse sentido Cf: FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 497; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 281; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 96-97.

<sup>22</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 343.

transformação na presente obrigação, visto que tal fenômeno cria uma nova obrigação que substitui a antiga.<sup>23</sup>

Por conseguinte, é possível observar que a cessão de crédito tem em comum com a sub-rogação<sup>24</sup> a manutenção do vínculo antigo, que não se rompe, e com a novação, a inexistência de pagamento. O que ocorre é que o credor cedente transfere ao cessionário os seus direitos, acrescidos de todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário (art. 287, CC)<sup>25</sup>. Tem-se, assim, que o vínculo original é deslocado da pessoa do cedente para o cessionário sem que haja pagamento.

Exemplo de cessão de crédito é a deixa testamentária, hipótese prevista no art. 1.918 do Código Civil, na qual o cedente lega em seu testamento seu direito de crédito ao cessionário.<sup>26</sup> Da mesma forma, são cessíveis o exercício do usufruto (art. 1.393, CC); o direito de haver reparação do dano causado pelo delito; os alugueis vincendos de um prédio, cuja percepção constitui direito de fundo econômico; as indenizações que não possuam natureza alimentar, tais como despesas hospitalares e de tratamento médico.<sup>27</sup>

Em regra, os créditos podem ser objeto de cessão, visto que a negociabilidade é a regra em matéria de direitos patrimoniais pessoais, enquanto a exceção é a incedibilidade. Como normas de exceção, os dispositivos que proíbem a cessão de crédito devem ser interpretados restritivamente, conforme regra basilar de hermenêutica.<sup>28</sup>

Noutro giro, existem determinados tipos de crédito cuja cessão é proibida por lei, tais como as relações jurídicas estritamente pessoais, que envolvem direitos inerentes à própria pessoa do titular, como os direitos da personalidade (art. 11, CC); a obrigação de fazer, quando infungível a prestação (art. 247, CC); o direito de preempção (art. 520, CC); a obrigação originada da ingratidão do donatário (art. 560, CC); a do locador de serviços (art. 605, CC); a do mandato, salvo se existir cláusula de substabelecimento (art. 682, II, CC); o usufruto, exceto na hipótese prevista no art. 1.393 do Código Civil; o crédito do devedor com falência decretada (art. 103 da Lei 11.101/05); o crédito alimentar (art. 1.707, CC); o crédito do pupilo ao tutor (art. 1.749, inciso III do CC); o crédito do curatelado ao curador (art. 1.774, CC); o benefício da gratuidade judiciária, salvo requerimento e deferimento expressos (art. 99, § 6º, CPC); o

<sup>23</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 351.

<sup>24</sup> Cumpre salientar que a cessão de crédito se distingue da sub-rogação legal porque na cessão, o caráter especulativo é elementar, ao passo que na sub-rogação legal inexistente propósito de lucro, porquanto o sub-rogado, nos termos do art. 350 do Código Civil, não pode exercer os direitos e ações do credor além dos limites de seu desembolso. Nesse sentido, Cf: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92.

<sup>25</sup> A cessão dos acessórios de um crédito é caso de cessão legal, na qual aplica-se a máxima *accessorium sequitur suum principale* (princípio da gravitação jurídica). Nesse sentido Cf: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 282.

<sup>26</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 498.

<sup>27</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 280.

<sup>28</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). *Direito civil: obrigações*. (Coleção doutrina, processos e procedimentos). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 422.

crédito trabalhista.<sup>29</sup> Por fim, não pode ser cedido o crédito por convenção das partes, através de *pacto de non cedendo* (art. 286, CC).

## 2. DAS MODALIDADES DE CESSÃO DE CRÉDITO

O Código Civil admite algumas espécies de cessão de crédito, que variam de acordo com a sua origem; com a obrigação gerada; com a extinção da obrigação; com a responsabilidade do cedente, bem como a sua extensão.

Primeiramente, quanto à origem, a cessão de crédito pode ser classificada como cessão legal ou necessária, ou seja, que decorre da norma jurídica. São casos de cessão legal a sub-rogação legal, prevista no art. 346 do Código Civil e a cessão dos acessórios da obrigação (multa, cláusula penal, juros e garantias pessoais e reais), em consequência da dívida principal nos termos do art. 287 do diploma civil.

Outra espécie de cessão é a judicial, proveniente de uma decisão judicial em um processo, como a decisão em que é atribuído a um herdeiro um crédito do falecido; a adjudicação em ação divisória; a sentença condenatória que supre a declaração de cessão de quem era obrigado a fazê-la e não o fez.<sup>30</sup>

Por sua vez, tem-se a cessão convencional, que é a mais trivial das modalidades apresentadas e consiste na cessão decorrente de acordo firmado entre cedente e cessionário por instrumento negocial.

Relativamente à extensão, a cessão de crédito pode ser total, situação em que o cedente transfere todo o crédito da relação obrigacional ou parcial, na qual o cedente retém parte do crédito consigo.

Em se tratando das obrigações geradas, a cessão de crédito pode ser gratuita ou onerosa, sendo essas características decisivas para a fixação do regime de responsabilidade do cedente. A cessão gratuita se assemelha ao contrato de doação, pela inexistência de uma contraprestação. Nesse aspecto, a cessão gratuita também quase se confunde com o pagamento com sub-rogação. Entretanto, vale lembrar que a cessão de crédito é uma forma de transferência de obrigação, ao passo que a sub-rogação é uma forma de pagamento indireto.

Por sua vez, a cessão a título oneroso se assemelha ao contrato de compra e venda por haver a presença de uma contraprestação. Exemplo de cessão onerosa é o ocorre nos

<sup>29</sup> EMENTA AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA. CESSÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS. INVALIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. A cessão de créditos trabalhistas é inválida. Trata-se de crédito de natureza alimentar, não cabendo cessão a terceiros estranhos à relação trabalhista pactuada entre as partes. O juízo trabalhista é competente para determinar a invalidade da cessão de créditos trabalhistas. (TRT 4ª Região. Seção Especializada em Execução, 0006600-49.2001.5.04.0201 AP, em 16/12/2019, Des. Lucia Ehrenbrink).

<sup>30</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281.

contratos de *factoring*, nos quais o cedente transmite o seu crédito ao cessionário por preço mais baixo.<sup>31</sup>

Quanto à extinção da obrigação, a cessão pode ser *pro soluto*, conferindo plena e imediata quitação do débito do cedente para com o cessionário, exonerando, portanto, o cedente. Tal espécie de cessão constitui a regra geral da cessão de crédito.

Na cessão *pro solvendo*, a transferência do crédito é feita com o intuito de extinguir a obrigação apenas quando o crédito for efetivamente cobrado. Tal modalidade de cessão é geralmente usada como garantia de pagamento e deve ser prevista pelas partes, visto que o cedente é responsável pela solvência do cedido (art. 296, CC).<sup>32</sup>

### 3. DOS REQUISITOS DE VALIDADE E DA FORMA DA CESSÃO

Inicialmente, os requisitos de validade da cessão de crédito são essencialmente os mesmos que cancelam como válidos qualquer negócio jurídico nos termos do art. 104 do Código Civil, tais como plena capacidade civil do cedente e cessionário; o objeto da cessão, ou seja, o crédito cedido, que deve ser material e juridicamente possível.

Quanto à forma, em regra a cessão é livre, sendo admitida por instrumento público ou particular, podendo até mesmo ser verbal. No entanto, há casos em que a forma é essencial para que a cessão seja válida conforme será demonstrado.

O art. 286 do Código Civil assim dispõe: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula

<sup>31</sup> “O contrato de faturização ou *factoring* é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante pagamento de uma remuneração”. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. v. 3. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 559.

<sup>32</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 289; FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 498. No mesmo sentido é o entendimento do TJSP: AÇÃO MONITÓRIA – Sentença de procedência – Irresignação das requeridas – Preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade recursal – Rejeição – Razões recursais que impugnam os fundamentos da sentença – Falta de interesse de agir – Exame da condição da ação que tem esteio no relato fático exposto na exordial, conforme a teoria da asserção, adotada pelo C. STJ - Procedimento monitorio mostra-se cabível para a cobrança de dívida embasada em contrato de cessão de crédito firmado entre as partes, com espeque em violação de cláusulas contratuais – Mérito – A análise da prova documental acostada aos autos revela a frustração do pagamento do crédito cedido, razão pela qual, à luz da responsabilidade assumida pelas requeridas, quanto ao adimplemento dos créditos transmitidos (art. 296, do CC), é de rigor a condenação das rés pelo pagamento do montante indicado na exordial – Além disso, nota-se o descumprimento do dever de informar, decorrente da função supletiva ínsita à boa-fé objetiva, caracterizando espécie de inadimplemento (enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil), uma vez que não há elementos de que o requerente (cessionário) estava ciente do risco de excussão dos créditos cedidos. Neste sentido, verifica-se o percentual reduzido de deságio, aplicado nos contratos de cessão de crédito - Observa-se, ademais, a frustração da justa expectativa do cessionário, visto que havia diminuto intervalo entre a cessão e os vencimentos dos créditos, razão pela qual se inferia o provável pagamento pela devedora – Irrelevância da discussão acerca de má-fé das rés e ocorrência de enriquecimento sem causa da cessionária – Sentença mantida – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária. (TJSP; Ap. Cível 1059766-94.2019.8.26.0100. Rel. Des. Marco Fábio Morsello. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2020; Data de Registro: 13/08/2020) (grifo nosso).

proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”.

Da leitura do dispositivo é possível extrair algumas regras importantes a respeito da cessão de crédito.

A primeira delas é que não se admite a cessão de crédito em alguns casos, conforme demonstrado no tópico anterior. Em segundo lugar, tem-se que a impossibilidade da cessão, como já exposto, pode constar de cláusula proibitiva, gerando obrigação incessível, de sorte que tal previsão não prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, em virtude da aplicação do princípio da função social do contrato, que limita a autonomia privada em sua eficácia interna (vide art. 421 e § único do art. 2.035, CC).

A cláusula de inaccessibilidade não pode ser oposta ao cessionário de boa-fé se não constar do instrumento obrigacional, o que se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, que pode ser retirado da análise do § 2º do art. 167 do Código Civil, que dispõe sobre a inoponibilidade do ato simulado em relação ao terceiro de boa-fé.<sup>33</sup>

Em regra, a cessão de crédito possui eficácia *inter partes*. A eficácia perante terceiros somente será eficaz se a cessão for celebrada mediante instrumento público ou por instrumento particular que contenha as formalidades previstas no parágrafo 1º do art. 654 do Código Civil, tal como dispõe o art. 288 do referido diploma.

Dessa forma, cumpre aduzir que os requisitos para que a cessão de crédito celebrada por instrumento particular tenha eficácia *erga omnes* são os mesmos que os previstos para o mandato, quais sejam: a) a indicação do lugar em que é celebrado; b) qualificação do cedente, do cessionário e do cedido; c) data e objeto da cessão; d) a designação e extensão do direito cedido.

Para a oponibilidade *erga omnes* da cessão, o art. 127, inciso I, e o art. 129, alínea 9ª da Lei nº 6.015/73, determinam a transcrição e registro do ato no Registro de Títulos e Documentos, medida que vem sendo igualmente exigida pelos Tribunais:

CESSÃO. Instrumento particular. Falta de registro. Ineficácia. É ineficaz em relação a terceiros a cessão feita por instrumento particular, sem registro (art. 1067 do CCivil). Precedente. Recurso conhecido e provido.<sup>34</sup>

Com efeito, nos termos do art. 215 do Código Civil, as cessões de crédito operadas mediante instrumento público constituem prova plena e produzem todos os efeitos jurídicos sem dependência de registro.<sup>35</sup>

No tocante ao cessionário de crédito hipotecário, este tem o direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel, para guardar seus direitos (art. 289, CC). A referida regra pode

<sup>33</sup> Confirmando que a boa-fé é preceito de ordem pública, o Enunciado 363, aprovado na IV Jornada de Direito Civil assim preve: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.

<sup>34</sup> STJ - REsp 422.927/RO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 03/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 267.

<sup>35</sup> LARCEDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos efeitos das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 370.



ser aplicada por analogia à sub-rogação legal que se opera em favor do adquirente de imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário, nos termos do art. 346, inciso II do Código Civil.<sup>36</sup>

Conforme dito anteriormente, a validade da cessão de crédito dispensa a concordância ou a participação do devedor. Entretanto, dispõe o art. 290 do Código Civil que a cessão não terá eficácia se o devedor não for notificado.<sup>37</sup>

A notificação não exige formalidade específica e pode ser judicial ou extrajudicial. Qualquer dos intervenientes, cedente ou cessionário é apto para realizá-la. Se o devedor for incapaz, a notificação deverá ser feita ao seu representante legal. Da mesma forma, se a obrigação for solidária, todos os codevedores devem ser notificados.<sup>38</sup>

O referido dispositivo também admite a hipótese de notificação presumida, na qual o devedor, em escrito público ou particular, reconhece a cessão efetuada. Aliás, após a notificação presumida, não poderá o devedor alegar que não a fez, em decorrência do princípio do *venire contra factum proprium*, que veda a prática de condutas contraditórias, decorrente da boa-fé objetiva.<sup>39</sup>

Por sua vez, à luz do art. 292 do Código Civil, fica desobrigado o devedor que antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, visto que inexistente prazo legal para a notificação.<sup>40</sup> Caso haja mais de uma cessão notificada, o devedor deverá pagar àquele que lhe apresentar o título de cessão ou da obrigação cedida. Na hipótese de o crédito ser oriundo de escritura pública, a notificação decorrente dele terá prioridade.<sup>41</sup>

Na sequência, o art. 293 permite ao cessionário o exercício dos atos conservatórios do direito cedido, mesmo sem o conhecimento do devedor a respeito da cessão. Logo, a ausência de notificação do devedor não impede o cessionário que promova medidas no sentido de conservar o seu crédito, tais como a ação de cobrança ou a execução por quantia certa.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 283.

<sup>37</sup> Cessão. Transação. Código Civil, arts. 1.069 e 1.071. A falta de notificação ao devedor de que houve cessão conduz a que essa não lhe seja oponível, sendo válido e eficaz o pagamento que efetuar ao cedente, primitivo credor. O mesmo, entretanto, não ocorre com a transação. (STJ, REsp n. 235.642. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Dj. 10.12.1999).

<sup>38</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 284.

<sup>39</sup> A esse respeito, oportuno se faz mencionar o Enunciado 362, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

<sup>40</sup> Nesse sentido, oportuno se faz citar a elucidativa lição do professor Carlos Alberto Dabus Maluf: “Não tendo sido notificado, a cessão é inexistente para o devedor, e, assim, em atenção à sua boa-fé, válido se tornará o pagamento que venha a efetuar ao cedente. Mas não se desobrigará se a este pagar, depois de cientificado da cessão”. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 285.

<sup>41</sup> Nesse sentido Cf: BDINE JR. Hamid Charaf. Comentário ao art. 292 do código civil. In: PELUSO, César (Coord). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 253.

<sup>42</sup> A esse respeito, cumpre trazer a lume as considerações de Mário Luiz Delgado: “A notificação do devedor é requisito de eficácia do ato, quanto a ele, devedor. Mas não impede o cessionário de se investir em todos os direitos relativos ao crédito cedido, podendo não só praticar os atos conservatórios, mas todos os demais atos inerentes ao domínio, inclusive ceder o crédito a outrem. A cessão de crédito produz efeitos imediatamente nas relações entre cedente e cessionário. Assim, todas as prerrogativas que eram do cedente passam de logo ao cessionário. Apenas a eficácia do ato frente ao devedor fica dependente da notificação”. DELGADO, Mário Luiz.

Da mesma forma, com respaldo no art. 294 do Código Civil, pode o devedor opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente, ou seja, as defesas do cedido que são oponíveis contra o cedente podem igualmente ser opostas contra o cessionário, como é o caso, por exemplo, do pagamento total ou parcial, da prescrição de dívida, nulidade relativa por erro, dolo, bem como os demais vícios que, por sua natureza, maculam o negócio.

O devedor que, uma vez notificado, nada opõe à cessão feita pelo cedente a terceiros dos seus direitos não poderá opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão era cabível contra o cedente. Entretanto, se o devedor não foi notificado, a compensação do crédito poderá ser oposta ao cessionário (art. 377, CC).<sup>43</sup>

Caso ocorram várias cessões do mesmo crédito, prevalecerá a que se completar com a tradição do título de crédito cedido (art. 291, CC). A título de exemplo, se “A”, maliciosamente ceder o mesmo crédito para “B”, “C” e “D”, entregando ao último o título original que representa a dívida, “D” será o novo credor, devendo o cedido a ele pagar, caso ele apresente o referido documento.<sup>44</sup>

Nessa hipótese, se a cessão for onerosa, poderão “B” e “C” insurgir-se contra “A” com fundamento nas regras aplicáveis ao enriquecimento sem causa (arts. 884 à 886, CC).

Lado outro, se nenhum dos cessionários se apresentar com o título da dívida, poderá o devedor se socorrer da ação consignatória para satisfazer a obrigação, nos termos do inciso IV do art. 335 do Código Civil.<sup>45</sup>

---

Comentário ao art. 293. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 275.

<sup>43</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 287. No mesmo sentido é o entendimento firmado pela jurisprudência: Agravo de Instrumento. Execução por Título Extrajudicial. Notas promissórias. Compensação de créditos e débitos das partes reconhecida. Invocada necessidade de intimação para embargar. Alegada impropriedade da decisão, por não possuir mais a executada o título compensado, transferido a terceiro. Pretendida impossibilidade de compensação. Desacolhimento. Apelo não conhecível no primeiro aspecto, por inexistência de dedução e decisão a respeito em primeiro grau. Oposição da devedora, exequente, à cessão realizada, notificando, oportunamente, cedente e cessionário para a compensação. Efeitos da transmissão do título não atingindo. Direito da devedora obrigando a cessionária. Inteligência dos arts. 290, 294 e 368 do C.C. Recurso parcialmente conhecido e improvido. Para que créditos sejam compensados, por lei, convenção ou judicialmente, o diploma civil estabelece como pressuposto essencial a existência de reciprocidade, vale dizer, que as partes em questão sejam, ao mesmo tempo, credoras e devedoras, uma da outra. Esta regra da identidade de sujeitos, credores e devedores recíprocos, porém, resta mitigada pelo artigo 290 do Código Civil, prescrevendo que a cessão de crédito não terá eficácia em relação ao devedor se este não for notificado dela, tendo-se a notificação como suprida se ele, por escrito público ou particular, declarar-se ciente da mesma. Também a mitiga o artigo 294 dizendo que o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, as quais tinha ao tempo da cessão, oportunidade em que pode deduzir sua pretensão de compensar, ficando o cessionário obrigado a respeitar tal direito” (TJSP. Ag. In. 991090185375, Rel. Des. Vieira de Moraes, Dj. 13/05/2010).

<sup>44</sup> BDINE JR. Hamid Charaf. Comentário ao art. 292 do código civil. In: PELUSO, César (Coord). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 253; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 283.

<sup>45</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 286.

#### 4. DA RESPONSABILIDADE DO CEDENTE

Quem cede crédito seu a terceiro não tem, à primeira vista, qualquer responsabilidade que não seja a própria existência e validade do crédito. Não responde, pois, o cedente pelo inadimplemento ou insolvência do devedor.

Por sua vez, na cessão a título oneroso, o cedente, nos termos dos arts. 295 a 297 do Código Civil será responsável pela existência e legitimidade do crédito, enquanto na cessão a título gratuito, tal responsabilidade apenas lhe será oponível uma vez provada a sua má-fé (art. 295). É possível observar que a intenção do legislador nessa hipótese é coibir o enriquecimento sem causa do cedente, que poderia ocorrer, por exemplo, nos casos de inexistência ou vício de nulidade do título ou do vínculo obrigacional anterior, ou ainda caso tenha ele sido extinto por fato anterior à cessão.

Em qualquer dessas hipóteses, ainda que o título da cessão seja omissivo, o cedente será responsável. A garantia legal somente desaparece quando o cessionário está ciente dos riscos e perigos do crédito cedido.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

FALÊNCIA – PEDIDO DE FALÊNCIA APRESENTADO POR EMPRESA DE "FACTORING" CONTRA A CEDENTE DO CRÉDITO – DESCABIMENTO - PEDIDO DE FALÊNCIA COM FUNDAMENTO EM INADIMPLEMENTO DE DÍVIDA SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS (ART. 94, I, LEI 11.101/2005) - No contrato de fomento mercantil, a empresa cedente responde pela existência do crédito, mas não pela solvência do devedor primitivo - *Risco da atividade assumido pela empresa de fomento mercantil cessionária (arts. 295 e 296 do Código Civil) - Diante do acervo probatório ficou demonstrado que a nota promissória que embasa o pedido de falência foi emitida como "garantia" do adimplemento de títulos vinculados a contrato de fomento mercantil – Autora apelante que não demonstrou a má-fé da apelada, ou que o título cedido em razão do contrato de fomento mercantil contém algum vício intrínseco ou extrínseco - Inviabilidade de a faturizadora se voltar contra a cedente - Precedentes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial - Sentença de improcedência mantida – RECURSO DESPROVIDO.<sup>46</sup> (grifo nosso).*

Cumprido salientar que a responsabilidade abrange o crédito e seus acessórios, tais como fiança, penhor e hipoteca, os quais o cedente assegura a existência dessas garantias, mas não é responsável pela sua eficácia.

Em qualquer espécie de cessão é imperativo que o cessionário aja judicialmente contra o devedor. Somente depois de vencido quanto à existência ou validade do crédito e de seus acessórios, poderá o cessionário voltar-se contra o cedente.

Por outro lado, é lícito convencionar no instrumento de cessão de crédito, cláusula de responsabilidade pela solvência do devedor (e não pelo efetivo pagamento do crédito), cujos

<sup>46</sup> TJSP. Ap. Cível 1015608-75.2019.8.26.0577. Rel. Des. Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Empresarial; Foro de São José dos Campos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/10/2020; Data de Registro: 29/10/2020

efeitos se operarão a partir da declaração de insolvência ou falência do devedor (art. 296, CC). Trata-se da garantia ao *nomen bonum*, que se traduz na idoneidade financeira do devedor.<sup>47</sup>

Nessa hipótese, a responsabilidade do cedente, ainda que expressamente convencionada, não se refere ao pagamento do valor do crédito, cujo risco se presume tenha sido assumido pelo cessionário à vista da análise da capacidade de pagamentos do devedor (ou seja, o risco de crédito permanece com o devedor).

Caso o cessionário decida adquirir crédito de significativo risco, supõe-se que o preço da cessão seja bem inferior ao valor nominal do crédito, considerando as reais chances de inadimplemento do devedor.

Nessa eventualidade, se o devedor for declarado insolvente ou falido, o cessionário apenas poderá exigir do cedente o valor correspondente ao preço de aquisição do crédito, pago pelo primeiro ao segundo, além de juros e despesas incorridas pelo cessionário para a cobrança do crédito contra o devedor originário. Tal regra está prevista no art. 297, do Código Civil, e tem por finalidade limitar a responsabilidade do cedente, que ao alienar o risco do negócio, dele se exime.

Com efeito, é possível observar que as regras a respeito da responsabilidade na cessão de crédito também visam coibir o enriquecimento sem causa por parte do cessionário, que, do contrário, poderia exigir do cedente valor muito superior ao que este recebeu quando alienou o crédito.

Por fim, o art. 298 do Código Civil prevê que o crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.

A penhora torna o crédito indisponível e sua transferência implicará em fraude à execução. Notificado a respeito da penhora, o devedor não poderá mais pagar ao credor.

---

<sup>47</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 289. No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial: Apelação. Falência arriada em execução frustrada prevista no art. 94, II, da LRF. Possibilidade de discussão no processo de falência da executividade dos títulos que deram espeque à execução frustrada. Improcedência da falência sob o fundamento da ausência de responsabilidade da devedora, uma vez que a execução singular fundou-se em cheques objeto de fomento mercantil, transmitidos por cessão de crédito, e não por endosso, inexistindo responsabilidade da cedente pela solvência do devedor. Há dois tipos de operação de fomento mercantil: I) “pro soluto” em que o faturizado (cedente) não assume a responsabilidade pela solvência do devedor do crédito cedido, respondendo somente pelos vícios ou evicção (art. 295, CC), chamada de responsabilidade “in veritas”; II) “pro solvendo” em que o faturizado (cedente) assume expressamente no contrato a responsabilidade pela solvência do devedor do crédito cedido (art. 296, CC), chamada responsabilidade “in bonitas”. Inexistindo no contrato previsão expressa de responsabilidade do faturizado pela solvência dos créditos, não pode a faturizadora invocar o direito de regresso em virtude do não pagamento do título pelo devedor. O endosso por meio do qual o faturizado formaliza a transferência do título ao faturizador, tem efeito de cessão ordinária, não incidindo as regras cambiais que estabelecem a responsabilidade do endossante pelo pagamento do título endossado. Inteligência do art. 21 da Lei do Cheque. Apelo desprovido, mantida a sentença de improcedência da ação de falência” (TJSP. Ap. Cível 994080511505. Rel. Des. Pereira Calças. Dj. 18/08/2009).

Porém, se não foi notificado, válido será o pagamento que, conseqüentemente exonerará o devedor, ressalvado ao terceiro o direito de agir contra o credor primitivo.<sup>48</sup>

Em caso de falecimento do cedente, poderá o cessionário prosseguir na causa, com a juntada nos autos do título cedido e provando a sua identidade. Ao cessionário também cabe o direito de promover a execução ou nela prosseguir, nos termos do art. 778, inciso II do Código de Processo Civil.

## 5. DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

O instituto da assunção de dívida é oriundo do direito alemão (*Die schuldübernahme*).<sup>49</sup> Segundo Orlando Gomes<sup>50</sup>, a cessão de débito ou assunção de dívida constitui negócio jurídico através do qual terceiro assume a responsabilidade da dívida contraída pelo devedor originário, sem que a obrigação deixe de ser ela própria. A relação obrigacional passa a ter outro devedor, liberando-se ou não, o antigo.

Conceitua-a Pontes de Miranda como “o negócio jurídico bilateral pelo qual o novo devedor fica no lugar de quem o era”.<sup>51</sup> Para Caio Mário da Silva Pereira, que versou sobre o assunto, trata-se de “negócio jurídico convencional e abstrato, pelo qual o devedor, com a aceitação do credor, transfere a um terceiro os encargos obrigacionais”.<sup>52</sup>

Seu conceito também pode ser extraído do art. 299 do Código Civil, pelo qual “é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava”.

Prevê o parágrafo único desse dispositivo que “qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa”. Portanto, na assunção de dívida, quem cala, não consente.

Como partes na assunção de dívida, tem-se o antigo devedor que figura como cedente, o novo devedor, denominado assuntor, bem como o credor no papel de cedido. Desse modo, na assunção de dívida ocorre a substituição do devedor sem alteração do vínculo obrigacional. Em outras palavras, na assunção de dívida não ocorrerá novação subjetiva passiva.

<sup>48</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 291; LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 169.

<sup>49</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 292.

<sup>50</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 251.

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 397.

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. 2. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 318-319.

A doutrina tradicional, de origem romano-germânica nunca admitiu a existência desse instituto, entendendo não ser possível a substituição do devedor sem a extinção do vínculo obrigacional.<sup>53</sup>

Por sua vez, esse entendimento foi superado e a assunção de dívida foi admitida no ordenamento jurídico durante a vigência do Código Civil de 1916, mesmo sem previsão textual em lei.<sup>54</sup>

Malgrado o Código Civil de 1916 não contemplasse previsão expressa a respeito da assunção de dívida, tal fato não impediu sua difusão, visto que o ordenamento, em hipóteses específicas, já a regulava, como no caso da cisão parcial de companhia, prevista no § único do art. 233 da Lei 6.404/1976.<sup>55</sup>

Atualmente, a assunção de dívida é disciplinada no Capítulo II do Título II do Livro I da Parte Especial do Código Civil, nos arts. 299 a 303.

## 6. DISTINÇÃO ENTRE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA E NOVAÇÃO

Antes de analisar as formas pelas quais a assunção de dívida se opera, necessário se faz trazer algumas considerações a respeito dos elementos que a identificam e a diferenciam da novação.

Semelhante à assunção de dívida é o instituto da novação subjetiva passiva, que ocorre quando um novo devedor substitui o antigo, criando uma nova relação obrigacional que extingue a antiga. Tem-se, assim, que a diferença básica entre a assunção de dívida e a novação subjetiva passiva é o fim da obrigação primitiva com a criação de outra.

Na novação, deve estar presente o *animus novandi*, vale dizer, a vontade de novar, de substituir a obrigação antiga por uma nova. A título de exemplo: “A”, devedor de “B”, paga sua dívida com cheque de “C”. “B” aceita o cheque *pro soluto*, dando plena e geral quitação à “A”, ficando assim, evidente o *animus novandi*. Se o cheque de “C” estiver sem fundos, “B” nada poderá fazer contra “A”, cabendo tão somente insurgir-se contra “C”, emitente do cheque.

Por outro lado, se não restar claro o *animus novandi*, terá havido assunção de dívida, e “B” poderá agir contra “A”, caso o cheque de “C” esteja sem fundos.

Por sua vez, em se tratando de contagem do prazo prescricional, a diferença entre os institutos fica mais clara ainda. Na novação, o prazo se interrompe e recomeça do início,

<sup>53</sup> “No direito pátrio, é admissível, assim, a sucessão no débito pelas normas previstas em outras legislações. Não convence a opinião de que a substituição do devedor na relação obrigacional somente se possa efetuar mediante novação”. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 276.

<sup>54</sup> É possível observar o mesmo cenário no direito espanhol. Malgrado o referido instituto seja disciplinado pela doutrina, até os dias atuais inexistia previsão no Código Civil espanhol, conforme aduz Díez-Picazo: “*Es un negocio jurídico por el que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo. Requiere el consentimiento de ambos, naturalmente, y del acreedor para que el deudor primitivo quede liberado, y carece de regulación legal propia*”. Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 1. t. 2. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 245.

<sup>55</sup> Nesse sentido, Cf: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). *Direito civil: obrigações*. (Coleção doutrina, processos e procedimentos). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 531.

enquanto na assunção de dívida, o prazo prescricional continua a correr normalmente, embora outro devedor tenha assumido o polo passivo da obrigação.

Por fim, em caso de dúvida a respeito da ocorrência de novação ou assunção de dívida, o intérprete da norma deverá optar pela assunção de dívida, visto que a novação não se presume, mercê do que dispõe o art. 361 do Código Civil.<sup>56</sup>

## 7. DAS FORMAS DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

A assunção de dívida ocorre de duas formas distintas, quais sejam, pela expromissão e pela delegação. A assunção também ocorre por ato *inter vivos* e *causa mortis*.

A assunção *inter vivos* pode ocorrer mediante a expromissão, que é caracterizada pelo contrato entre credor e um terceiro, que assume espontaneamente a posição de novo devedor, sem que se faça necessária a permanência do devedor primitivo.<sup>57</sup>

Por sua vez, é também um ato *inter vivos* a delegação, que se traduz no acordo entre o devedor originário e terceiro que assumirá a dívida, cuja validade depende da aceitação do credor.<sup>58</sup> Trata-se de delegação imperfeita, que não gera novação, pois se gerasse, não haveria assunção de dívida, mas novação subjetiva passiva, que é obtida através da delegação novativa ou perfeita.<sup>59</sup>

Exemplos práticos de assunção de dívida delegatória ocorrem nos consórcios e nos financiamentos habitacionais, nos quais o devedor original, isto é, o consorciado ou o mutuário, transferem seu débito a terceiro que o assume perante o consórcio ou o agente financeiro da habitação, que anuíram com a assunção.

Na assunção *causa mortis*, os herdeiros assumem as obrigações do falecido *intra vires hereditatis*, ou seja, dentro dos limites do patrimônio herdado (art. 1.792, CC). Fala-se, neste

<sup>56</sup> EMBARGOS À EXECUÇÃO – Contrato particular de promessa de compra e venda, assinado pelos devedores e por testemunhas – Embargante que é terceiro na relação jurídica – Cheques de sua titularidade dados em pagamento de prestações negociais – Ausência de fundos – Hipótese que não chancela sua condição de codevedor da obrigação contratual – Novação não comprovada – Constatação de prescrição dos títulos para a exigência pela via processual eleita – Reconhecimento da ilegitimidade passiva – Sentença reformada – Recurso provido. (TJSP. Ap. Cível 1024659-82.2019.8.26.0554. Rel. Des. Vicentini Barroso. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/11/2020; Data de Registro: 13/11/2020); AÇÃO MONITÓRIA – EMBARGOS REJEITADOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – APELAÇÃO DO CORRÉU EMBARGANTE - Pretende o apelante que a ação monitória ajuizada com lastro em instrumento particular de confissão de dívida deva ficar restrita aos valores confessados, sendo ilegítima a pretensão de cobrança de títulos estranhos à confissão - A novação não se presume, sendo certo que inexistindo ânimo de novar a segunda obrigação tão-somente confirma a primeira – Inteligência dos artigos 360, inc. I e 361, ambos do Código Civil – Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP. Ap. Cível 1020869-20.2017.8.26.0309. Rel. Des. Marino Neto; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/08/2020; Data de Registro: 11/08/2020).

<sup>57</sup> DELGADO, Mário Luiz. Comentário ao art. 293. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 279; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 288; FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 501.

<sup>58</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 294;

<sup>59</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 500.

caso, em sucessão no débito.<sup>60</sup> Todavia, vale ressaltar que a dívida será assumida pelos herdeiros com todas as vantagens e desvantagens, ou seja, se estiver prescrita, assim continuará, e os herdeiros pagarão caso queiram. Se era garantida por hipoteca, persistirá a garantia. Se assim não fosse, haveria novação subjetiva passiva e não assunção de dívida.

Ambas as formas de ocorrência da assunção de dívida podem ter efeitos liberatórios e cumulativos. A assunção de dívida liberatória ocorre quando o devedor primitivo é exonerado da obrigação, ao passo que a cumulativa se dá com o ingresso do terceiro no polo passivo da obrigação, sem que haja a liberação do antigo devedor, que passa a responder pela dívida solidariamente com o novo.<sup>61</sup>

A assunção pode ser de todas as dívidas, presentes e futuras, que incluem os deveres secundários do devedor, a exemplo da atualização monetária e dos juros de mora, sendo que, nos casos de transferência de estabelecimento comercial, o Código Civil disciplina a assunção do passivo nos arts. 1.145 e 1.146.

Da leitura do art. 299 do Código Civil é possível observar que o legislador se refere apenas a forma delegatória da assunção de dívida, na qual o consentimento expresso do credor constitui requisito de eficácia do ato. Na assunção expromissória, despidendo se faz o consentimento do credor, visto que é ele quem celebra o negócio com terceiro que assumirá a posição do credor primitivo. O referido dispositivo também deixou de mencionar os efeitos da assunção delegatória antes da anuência do credor, além de se abster de tratar da assunção cumulativa.<sup>62</sup>

Segundo Renan Lotufo<sup>63</sup>, a omissão do Código Civil no tratamento da assunção cumulativa “tem sua lógica”. Aduz que a assunção cumulativa não é hipótese de transmissão da obrigação, mas mera “pluralidade subjetiva no polo passivo, de obrigação previamente existente”. Desse modo, a transmissão da obrigação não se opera, havendo apenas a adesão de outro devedor à mesma relação jurídica.

O art. 299 do diploma civil exige o consentimento expresso do credor para que a assunção de dívida tenha validade, admitindo como exceção apenas a hipótese de inércia do credor de que trata o art. 303.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 500.

<sup>61</sup> “[...] o assuntor se vincula, solidariamente, ao lado do primitivo devedor, pela mesma obrigação deste, diante do credor, que pode cobrar a prestação quer de um, quer de outro, de modo indistinto” GOMES, Luiz Roldão de Freitas. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 306. A esse respeito, vale citar o Enunciado 16, aprovado na I Jornada de Direito Civil: O art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor.

<sup>62</sup> Nesse sentido, Cf: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). *Direito civil: obrigações*. (Coleção doutrina, processos e procedimentos). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 532; MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296; FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 501; DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 1. t. 2. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 246.

<sup>63</sup> LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 171-172.

<sup>64</sup> Conforme adverte Renan Lotufo, o art. 299 do Código Civil assegura que enquanto não houver o consentimento do credor, não haverá assunção da dívida, pois tal manifestação é elemento necessário para o nascimento da transmissão. O credor depositou confiança no devedor, de modo que sua manifestação de vontade é fundamental para que ele possa ser substituído por outro. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 168.



Se ao tempo da assunção o novo devedor era insolvente e o credor o ignorava, fica sem efeito a exoneração do devedor primitivo, mas pode o credor escolher correr o risco de aceitar assuntor insolvente e ainda assim liberar o devedor primitivo.<sup>65</sup>

O parágrafo único do art. 299 do Código Civil constitui praticamente uma cópia do § 415 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).<sup>66</sup>

Caio Mário da Silva Pereira<sup>67</sup> aduz que o referido dispositivo é desnecessário, visto que se a assunção de dívida não ocorrer de comum acordo entre o devedor e o credor, de nada valerá sua interpelação para que manifeste o seu assentimento, de forma que se o credor inicialmente não consentiu, não será a interpelação do devedor que o fará mudar de idéia.

## 8. DOS EFEITOS E DAS GARANTIAS DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

A assunção de dívida produz dois efeitos, quais sejam o translativo e o liberatório.<sup>68</sup> São transferidos ao assuntor a dívida existente, bem como os direitos e deveres do devedor primitivo com relação à obrigação. O devedor primitivo, por outro lado, fica exonerado da obrigação, bem como ficam dispensados os terceiros que ofereceram garantias à dívida, salvo concordância expressa por parte deles<sup>69</sup> (art. 300, CC).

Por sua vez, quanto aos efeitos subjetivos da assunção de dívida, tem-se que o devedor anterior resulta liberado da obrigação; o assuntor assume o lugar do devedor primitivo, responsabilizando-se por seus deveres e encargos; o assuntor não poderá opor ao credor exceções derivadas da relação entre ele e o devedor primitivo (art. 302, CC).<sup>70</sup> Poderá, contudo, arguir nulidade contratual pelo qual assumiu a dívida.<sup>71</sup>

Contra o assuntor, continuará a fluir os juros fixados em relação ao devedor primitivo, bem como os efeitos da assunção relativos ao credor somente se produzirão se ele expressamente aceitar a substituição do devedor.

<sup>65</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296.

<sup>66</sup> *If ratification is refused, assumption of the debt is deemed not to have occurred. If the obligor or the third party requests the obligee, specifying a period of time, to make a declaration relating to the ratification, the ratification may only be declared before the end of the period of time; if it is not declared it is deemed to be refused.*

<sup>67</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. 2. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324.

<sup>68</sup> Nesse sentido, oportuno se faz citar a síntese de Von Tuhr: “*La asunción de deuda es, como corresponde a su doble efecto, para el transmisionario un contrato, fuente de obligaciones, para el acreedor un acto de adquisición (puesto que hace nacer um crédito contra la persona que asume la deuda) y a la vez, respecto al deudor, un acto de disposición acerca de su crédito*”. VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. t. II. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. p. 339.

<sup>69</sup> Nesse sentido, vide Enunciado 352, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção da dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente serão mantidas se este concordar com a assunção.

<sup>70</sup> As exceções pessoais que o assuntor detinha contra o devedor primitivo podem ser, a título de exemplo, eventuais vícios de consentimento, incapacidade absoluta ou relativa, bem como falta de legitimação.

<sup>71</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). *Direito civil: obrigações*. (Coleção doutrina, processos e procedimentos). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 545.

Dispõe o art 301 do Código Civil que se a assunção de dívida vier a ser anulada, a obrigação originária é restabelecida com todas as suas garantias, salvo as prestadas por terceiros, que desconheciam o vício que maculava a assunção.

Por fim, o art. 303 do diploma civil prevê que o adquirente de imóvel pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito ora garantido. Se o credor não impugnar a transferência do crédito em trinta dias, entende-se pelo seu consentimento.<sup>72</sup>

O referido dispositivo trata de uma exceção à regra geral sobre o consentimento expresso do credor, admitindo a hipótese de concordância tácita do credor hipotecário, que quando notificado a respeito da assunção de dívida, manteve-se inerte pelo prazo de trinta dias.<sup>73</sup>

## ■ CONCLUSÃO

Com base nos levantamentos realizados a respeito dos institutos da cessão de crédito e da assunção de dívida, é possível identificar as seguintes semelhanças e diferenças.

Mesmo depois do advento da *Lex Poetelia Papiria*, a intransmissibilidade do crédito persistiu no Direito Romano, admitindo-se somente figuras semelhantes a cessão de crédito, como a novação, a procuração em causa própria e as ações úteis.

Apenas com o desenvolvimento das relações econômicas a partir do século XIX, que os instrumentos jurídicos de circulação do crédito ganharam seus contornos, tornando possível, assim, a criação da cessão de crédito e da assunção de dívida.

Sobre a cessão de crédito, é possível observar que o instituto guarda alguma semelhança com a sub-rogação e com a novação, no sentido de ser mantido o vínculo obrigacional antigo e pela inexistência de pagamento.

O mesmo é observado na assunção de dívida, que se distingue da novação subjetiva passiva ao manter o vínculo obrigacional originário, obviamente sem haver pagamento, bem como é mantido o prazo prescricional que corre contra o credor.

Quanto à extensão, a cessão de crédito pode ser total ou parcial, algo que se assemelha as espécies liberatória e cumulativa da assunção de dívida, nas quais o devedor pode ser liberado ou exonerado parcialmente da dívida, podendo inclusive, ser responsável solidariamente com o assuntor, se assim for convencionado.

Por sua vez, uma das grandes diferenças entre a cessão de crédito e a assunção de dívida está na participação do credor e do devedor. Na cessão de crédito, a anuência do

<sup>72</sup> Nesse sentido, vide Enunciado 353, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: A recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada.

<sup>73</sup> Silvio Rodrigues, acerbo crítico do referido dispositivo, assim pondera: “Em tais circunstâncias, deve a lei permitir a cessão por mero acordo entre devedor e cessionário, pois a oposição do credor não encontra esteio que não o seu capricho, visto que seu interesse não sofre ameaça, por força da excelência da garantia”. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108.

devedor é dispensada, enquanto na assunção de dívida, o consentimento expresso do devedor é requisito de validade do negócio, ressalvada a hipótese do art. 303 do Código Civil.

Salvo estipulação em contrário, a cessão de crédito abrange todos os acessórios e garantias do credor, ao passo que na assunção de dívida as garantias somente são transferidas ao assuntor mediante assentimento expresso do devedor primitivo.

Com relação as exceções pessoais, pode o devedor opô-las ao cessionário na cessão de crédito (art. 294, CC), enquanto o mesmo é vedado ao assuntor na assunção de dívida (art. 302, CC).

No tocante à responsabilidade, na cessão de crédito a título oneroso, responderá o cedente pela existência do crédito cedido ao tempo da cessão, enquanto na cessão por título gratuito haverá responsabilidade do cedente se comprovada a sua má-fé ou se assim for convencionado (art. 296, CC).

Em qualquer hipótese, o cedente não responderá por mais do que foi recebido pela cessão, acrescido dos juros e das despesas expendidas pelo cessionário para a cobrança.

Na assunção de dívida, por sua vez, malgrado inexistam disposições a respeito da responsabilidade do devedor, caso o assuntor seja insolvente à época da assunção, ou a assunção vier a ser anulada (art. 301, CC), não haverá a exoneração do devedor primitivo e o débito original será restabelecido, com todas as garantias, exceto as prestadas por terceiros, salvo se estes conheciam o vício.

Cumpra salientar que ambos os institutos tem em comum a prática de atos que podem ser *inter vivos* ou *causa mortis*. Na cessão de crédito, todas as modalidades de cessão constituem ato *inter vivos*, com exceção do legado ou deixa testamentária, que é um ato *causa mortis*.

Na assunção de dívida, os atos *inter vivos* se traduzem na expromissão e na delegação, ao passo que a assunção *causa mortis* ocorre quando os herdeiros assumem a obrigação do falecido por força da herança, dentro dos limites do patrimônio herdado (art. 1.792, CC).

Por fim, no que diz respeito às condições de validade, salvo os requisitos específicos de cada instituto, ambos obedecem o disposto no art. 104 do Código Civil.

Buscou-se, assim, demonstrar as semelhanças e diferenças entre os institutos da cessão de crédito e da assunção de dívida, que consubstanciam técnicas voltadas para a circulação das posições jurídicas crédito e débito, representado verdadeiros instrumentos de geração de riqueza, fato que se revela com clareza, por exemplo, nas operações de *factoring*, consórcios, financiamentos e demais modalidades contratuais nas quais a posição do credor e do devedor podem ser cedidas.

Pelo exposto, justifica-se a revisitação destes tradicionais institutos do direito das obrigações. O presente estudo, nesse sentido, se propõe a servir como um convite para tanto.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Maria Margarida de. *Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. 20. Ed. Milano: Giuffrè, 2015.
- BARROS, Aidil Jesus da Silveira; SILVEIRA BARROS, Neide Aparecida de Souza Lehfeld. *Fundamentos de metodologia científica*. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 4. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paulo de Azevedo, 1958.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 1. t. 2. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LARCEDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos efeitos das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, jun. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5176>>. Acesso em: 08 out. 2020.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. v. 3. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina. 2005.
- MILLER JR, Tom Oliver. *Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas*. Natal: Editora da UFRN, 1991.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 1ª parte*. v. 4. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). *Direito civil: obrigações*. (Coleção doutrina, processos e procedimentos). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- PELUSO, César (Coord). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. 2. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. t. II. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934.



# O QUE É GOVERNANÇA DA INTERNET? - UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA

WHAT IS INTERNET GOVERNANCE? - A SYSTEMATIC LITERATURE REVIEW

PALOMA ROCILLO\* | FELIPE DUARTE\*\* | JULIANA ROMAN\*\*\*

## RESUMO

As diferentes concepções sobre governança da internet mobilizam esse termo de formas distintas a depender dos atores e interesses envolvidos. O problema central deste estudo foi compreender o arcabouço do conceito de governança da internet. Foi realizada revisão sistemática de literatura, aliando análise qualitativa e quantitativa de aspectos relevantes para examinar os elementos estruturantes da governança da internet e a localização das discussões acadêmicas a seu respeito. Observou-se predominância da adoção do conceito estabelecido na Cúpula Mundial da Sociedade da Informação nas 36 publicações analisadas. Algumas publicações sugerem revisões e acréscimos conceituais, principalmente em relação à concepção do modelo multissetorial, à exclusão de elementos práticos e informais desse domínio e à relação deste domínio à administração dos recursos mobilizados na rede. Identificou-se ainda que a consolidação de uma definição específica sobre termo é uma demanda secundária se comparada à necessidade da moldura teórica da governança da internet abarcar práticas e atores que ainda não são reconhecidos como pertencentes a este campo.

**Palavras-chave:** Governança da internet; Gestão da internet; Internet; Revisão sistemática de literatura; rede.

## ABSTRACT

The different conceptions of internet governance mobilize this term in different ways depending on the actors and interests involved. The central problem of this study is to understand the framework of the internet governance concept. A systematic literature review was carried out, combining qualitative and quantitative analysis of relevant aspects to examine the structuring elements of internet governance and the location of academic discussions about it. There was a predominance of adoption of the concept established at the World Summit on the Information Society in the 36 analyzed publications. Some publications suggest conceptual revisions and additions, mainly in relation to the conception of the multisectoral model, the exclusion of practical and informal elements of this domain and the relationship of this domain to the management of the resources mobilized in the network. It was also identified that the consolidation of a specific definition of the term is a secondary demand compared to the need for the theoretical framework of internet governance to encompass practices and actors that are not yet recognized as belonging to this field.

**Keywords:** Internet Governance; internet management; Internet; Systematic review of literature; network.

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Vice-diretora do Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS).  
*paloma@irisbh.com.br*

\*\* Graduado em Publicidade pela UFMG. Coordenador de comunicação do IRIS.  
*felipeduarte@irisbh.com.br*

\*\*\* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Pesquisadora do IRIS.  
*Juliana@irisbh.com.br*

Recebido em 23-12-2021 | Aprovado em 7-2-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> **Nota dos autores:** artigo financiado pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.BR).



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 REFERENCIAL TEÓRICO; 2 PARÂMETROS DA REVISÃO SISTEMÁTICA; 3 ELEMENTOS QUE COMPÕEM A GOVERNANÇA DA INTERNET; 2.1 *Análise dos resultados encontrados*; 2.2 *Análise bibliométrica*; 4. DISCUSSÃO SOBRE OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA GOVERNANÇA DA INTERNET; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

A governança da internet é um campo de atuação estudado por múltiplas áreas do conhecimento. Percebe-se a proliferação de debates, à margem do meio acadêmico, sobre disputa envolvendo a forma como questões desse campo são abordadas pelos agentes. Acompanhado disso, nota-se grande número de trabalhos de pesquisa na temática da governança da internet e suas facetas de atuação. Ao mesmo tempo que se ocupam em debater, analisar e criticar situações que ocorrem no campo político ou técnico, tais trabalhos contribuem na construção do conceito da área que se desenha, a governança da internet.

O problema de pesquisa analisado, tendo esse contexto em consideração, é: existe um consenso na literatura sobre o termo governança da internet?

A hipótese principal a ser testada nesta pesquisa é de que não existe uma conceituação consolidada da expressão governança da internet, o que se verifica em diversos debates em que o termo é utilizado de formas distintas.

Há também indícios de que as construções conceituais do termo em questão, ainda que de forma não consensual, estão concentradas no Norte Global. O relatório do último Fórum Internacional de Governança da Internet, principal evento que discute a governança da internet e seus aspectos colaterais, aponta que a maioria dos participantes provinha dos Estados Unidos, Alemanha e Suíça<sup>2</sup>.

A metodologia utilizada foi a revisão sistemática de literatura, que abrangeu amostra de 36 artigos selecionados na base de dados Scopus e cujo passo-a-passo é descrito na seção metodológica deste artigo. Sobre eles, foi realizada análise de conteúdo e análise bibliométrica.

Dentre as justificativas para o desenvolvimento desta pesquisa destaca-se a carência de publicações acadêmicas que compilam as contribuições científicas para a estruturação do conceito da governança da internet<sup>3</sup> e, também, a importância que esse campo de atuação tem para com o avanço dos direitos humanos.

<sup>2</sup> Mais informações podem ser encontradas aqui: [https://www.intgovforum.org/multilingual/index.php?q=file-depot\\_download/11138/2452](https://www.intgovforum.org/multilingual/index.php?q=file-depot_download/11138/2452).

<sup>3</sup> Para elaboração do desenho de pesquisa deste estudo, foi realizada uma investigação preliminar sobre o tema governança da internet na plataforma Scopus e Google Scholar e em nenhuma das duas plataformas foram encontradas publicações na forma de revisão sistemática sobre o tema.

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é compreender a percepção acadêmica sobre os elementos estruturantes da governança da internet. Acredita-se que isso contribuirá com a análise da pertinência da aplicação ou não da moldura desse campo em determinadas situações fáticas.

O presente trabalho está dividido em cinco partes, além desta introdução. A primeira parte apresenta o referencial teórico que guia esta pesquisa, a segunda parte explora a metodologia aplicada, a terceira parte aborda os resultados da análise bibliométrica e análise de conteúdo das publicações selecionadas e a quarta parte pretende discutir os resultados auferidos, seguida pelas considerações finais.

## 1 REFERENCIAL TEÓRICO

Ainda que seja campo em disputa e cuja estruturação esta pesquisa pretende compreender mais detalhadamente, existem marcos institucionais de destaque - que mais adiante conformarão o referencial teórico desta pesquisa - para a formação do conceito de governança da internet. Entre eles, a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI, cujo acrônimo em inglês é WSIS), realizada em dois eventos, 2003 e 2005, pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Após a realização da primeira sessão da Cúpula, foi formado o Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet (GTGI) com o objetivo de iniciar a segunda com uma proposta consolidada de ações a ser debatida na sessão de 2005. As atribuições do grupo eram: 1. desenvolver uma definição de governança da internet; 2. identificar as questões de políticas públicas relevantes à governança da internet; e 3. desenvolver um entendimento comum dos papéis dos diferentes setores dos países desenvolvidos e em desenvolvimento sobre o tema<sup>4</sup>.

Composto por 40 membros de diferentes setores da sociedade participando em paridade, o grupo de trabalho se baseou nos acúmulos da primeira sessão da Cúpula e empreendeu esforços de recuperação histórica dos princípios e fatores envolvidos no desenvolvimento da internet<sup>5</sup>. Além desses dois motores que orientaram a compreensão do GTGI sobre o tema, o grupo estabeleceu 5 critérios para guiar a construção redacional do termo em questão de modo que a definição de governança da internet fosse 1. adequada; generalizável; 2. descritiva; 3. concisa; e 4. orientada para o processo. Como último fator de influência descrito pelo próprio GTGI, foi analisada uma variedade de mecanismos de governança em temas de internet adotados por governos, setor privado ou de forma multissetorial.

A partir de tais premissas e enfoque, tem-se uma primeira definição de governança da internet institucionalizada e consensuada por uma ampla comunidade atuante neste campo:

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on Internet Governance*. Bogis-Bossey; 2005. p. 1 - 24. (05.41622). P. 3. Disponível em: <https://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>.

<sup>5</sup> *Ibidem*.



Governança da internet é o desenvolvimento e a aplicação por parte dos governos, do setor privado e da sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regras, procedimentos decisórios e programas compartilhados que dão forma à evolução e uso da Internet.<sup>6</sup>

Percebe-se, portanto, a existência de 4 elementos estruturantes da governança da internet de acordo com esta definição: 1. o caráter de tomada de decisões e de execução de tais decisões; 2. o multissetorialismo; 3. a multiplicidade de atos normativos em sentido amplo que constroem a vertente concreta das ideias sobre uso e desenvolvimento da internet; e 4. o horizonte temático-temporal daquilo a que os verbos-núcleo do conceito se referem: evolução e uso da internet. Este conceito de governança da internet também é acolhido por Kurbalija<sup>7</sup>, autor que congregou diversas discussões, definições e processos deste campo em uma obra, colaborando com a divulgação científica deste campo de estudo e consolidando o conceito desenvolvido pelo GTGI.

Ademais, como evidenciado na Agenda de Túnis para a Sociedade da Informação<sup>8</sup>, para além da definição de governança da internet, o grupo associou determinadas qualidades ao campo, como o multilateralismo, a transparência e a democracia.

Muitos dessas qualidades foram incorporados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil<sup>9</sup>, instância brasileira de deliberação e execução de diretrizes e programas relacionados ao uso da internet no país, na construção do decálogo de Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil<sup>10</sup>. Construído de forma participativa e multissetorial, o decálogo vai além das características estabelecidas para a governança pela Agenda Tunis e, de forma agrupada, inclui os princípios 1. liberdade, privacidade e direitos humanos; 2. governança democrática e colaborativa; 3. universalidade; 4. diversidade; 5. inovação; 6. neutralidade da rede; 7. inimizabilidade da rede; 8. funcionalidade, segurança e estabilidade; 9. padronização e interoperabilidade e 10. ambiente legal e regulatório.

Um segundo ponto de progressão na concepção ampla da temática é verificada no detalhamento acerca do horizonte temático da governança da internet, o qual, segundo o grupo, abrange tanto questões técnicas quanto de políticas públicas. Este é um avanço na medida em que, encampadas por Postel<sup>11</sup>, na década de 90, as concepções sobre governança da internet restringiam esse campo aos aspectos técnicos da alocação de nomes de domínio e endereços de Protocolos de Internet. Neste *locus*, a comunidade técnica seria o ator competente

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on Internet Governance*. Bogis-Bossey; 2005. p. 1 - 24. (05.41622). P. 4. Disponível em: <https://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>7</sup> KURBALIJA, Jovan. Uma introdução à governança da internet. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: [https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr\\_Uma\\_Introducao\\_a\\_Governanca\\_da\\_Internet.pdf](https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>8</sup> COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (Genebra 2003 e Túnis 2005). *Cadernos CGI.br Referências*. 2014. Disponível em: [https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr\\_DocumentosCMSI.pdf](https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf).

<sup>9</sup> COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Sobre o CGI.Br. Disponível em: <https://cgi.br/sobre/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>10</sup> BRASIL. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. São Paulo, SP, 2009. Disponível em: <https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>11</sup> POSTEL, J. Draft *Specifications for Administration and Management of gTLDs*. Network Working Group, Internet Engineering Task Force, 1996.

para tomada de decisão e outras questões estariam no âmbito do acordo entre partes regidos por interesses privados.

Um dos componentes da definição da CMSI, o multissetorialismo, tem uma de suas origens no Comitê Internacional *Ad Hoc* (cujo acrônimo em inglês é IAHC), constituído a partir de críticas ao fato da comunidade técnica ignorar questões importantes para setores comerciais em temas de propriedade intelectual<sup>12</sup>. A partir de então, tem-se um movimento de institucionalização da internet no qual a União Internacional das Telecomunicações (cujo acrônimo em inglês é UIT) ganha relevância principalmente pela demanda por legitimidade neste campo.

Paralelamente, a criação da Corporação para Atribuição de Nomes e Números na Internet (cujo acrônimo em inglês é ICANN), concebida, vinculada e com conselheiros do governo dos Estados Unidos da América, propunha uma concepção de governança da internet diferente daquela em elaboração pela IAHC e ONU. O embate entre esses dois modelos - que, em certos pontos convergem - ampliou preocupações sobre legitimidade, autonomia das instituições, sistema de tomada de decisões e exclusão de atores em um campo cuja institucionalização dava seus primeiros passos.

As tensões em torno do sistema da ICANN, principalmente em relação à demanda por maior participação de outras nações -principalmente de economias emergentes-, e à desconfiança sobre a capacidade de uma governança exclusivamente autorregulada pelo setor privado, tornaram o debate na CMSI polarizado entre apoiadores e críticos do modelo praticado pela ICANN. Entretanto, foram essas tensões, também, que orientaram debates e definições desenvolvidas globalmente e possibilitaram um dos principais avanços dada segunda rodada do CMSI: ampliar o conhecimento sobre governança da internet ao estabelecer certas bases, o que inclui um documento de referência, a Agenda Tunis, e a escolha entre os modelos de governança em disputa, prevalecendo o processo multissetorial<sup>13</sup>.

Esta breve retrospectiva analítica apresentada pelos autores supramencionados possibilita compreender a razão de ser e origem de dois dos elementos estruturantes da governança da internet listados acima, o multissetorialismo e a multiplicidade de atos normativos que perfazem a governança (que é uma consequência do primeiro elemento). Portanto, considerando este arcabouço, Chenou e Radu<sup>14</sup> classificam o multissetorialismo em duas categorias bastante distintas: como “um princípio orientador da política global de internet” (*tradução nossa*) e como “um modelo de governança” (*tradução nossa*)<sup>15</sup>. Neste sentido, esta revisão sistemática poderá apontar se a literatura tem incorporado o elemento do multissetorialismo

<sup>12</sup> CHENOU, Jean-Marie; RADU, Roxana. Introduction. In RADU, Roxana; CHENOU, Jean-Marie, WEBER, Rolf H. (org). *The Evolution of Global Internet Governance: Principles and Policies in the Making*. Luxemburgo: Springer. P. 1 - 19. P. 4. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-45299-4>. Acesso em: 6 set. 2021.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> Tradução nossa de: “a guiding principle of global Internet policy” in CHENOU, Jean-Marie; RADU, Roxana. Introduction. In RADU, Roxana; CHENOU, Jean-Marie, WEBER, Rolf H. (org). *The Evolution of Global Internet Governance: Principles and Policies in the Making*. Luxemburgo: Springer. P. 1 - 19. P. 9. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-45299-4>. Acesso em: 6 set. 2021; Tradução nossa de: “model of governance” in CHENOU, Jean-Marie; RADU, Roxana. Introduction. In RADU, Roxana; CHENOU, Jean-Marie, WEBER, Rolf H. (org). *The Evolution of Global Internet Governance: Principles and Policies in the Making*. Luxemburgo: Springer. P. 1 - 19. P. 11. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-45299-4>. Acesso em: 6 set. 2021.

como estruturante à governança da internet e, caso o faça, a conotação e interpretação dada ao termo.

Outro elemento estruturante da governança da internet de acordo com o GTGI é o caráter de tomada de decisões e de execução de tais decisões que o termo abrange. Em grande parte este elemento parece abranger a ideia de “governança” com a conotação mais ampla sugerida por Sylvan de “procedimentos que influenciam outras ações”<sup>16</sup>.

Nesse sentido, governança necessariamente envolveria uma atuação (ou uma omissão) concreta que altera de alguma forma o transcurso de algo que sem a ação (ou omissão) teria ocorrido de outra maneira<sup>17</sup>. Além disso, um outro ponto essencial é o apego ao caráter procedimental da governança. Portanto, nota-se um destaque às etapas que regem e são seguidas para que determinado feito ocorra.

Entretanto, o aspecto procedimental da governança da internet não se expressa apenas no âmbito formal da palavra. Sylvan<sup>18</sup> apresenta diversos exemplos de interação entre os usuários da ponta da internet (ou seja, cidadãos ordinários, não os grandes atores da governança) para embasar o argumento de que “em grande medida, a governança diária da Internet é ortogonal às tentativas mais conscientes de governança” (tradução nossa)<sup>19</sup>. Assim, ainda que a governança praticada por ativistas, governantes, empresários e acadêmicos tenha consequências, a governança realizada em aspecto local inter-usuários representa a parte mais robusta da governança da internet.

Considerando esta segunda perspectiva da estruturação da governança da internet, esta revisão de literatura também pretende verificar se a literatura científica incorpora o debate sobre as instâncias práticas da governança da internet. Assim, observa-se em que medida é acolhido o argumento de que a materialidade da governança da internet é exercida na prática entre usuários, conforme a metodologia descrita a seguir.

## 2 PARÂMETROS DA REVISÃO SISTEMÁTICA

Num contexto onde a governança da internet é debatida por diferentes setores<sup>20</sup> e domínios da ciência<sup>21</sup>, a revisão sistemática serve de instrumento para compreensão da percepção acadêmica sobre o tema. Este é um método que permite observar possíveis lacunas em estu-

<sup>16</sup> SYLVAN, David. Global Internet Governance: Governance without Governors. In RADU, Roxana; CHENOU, Jean-Marie, WEBER, Rolf H. (org). *The Evolution of Global Internet Governance: Principles and Policies in the Making*. Luxemburgo: Springer. p. 23 - 36. P. 24. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-45299-4>. Acesso em: 6 set. 2021.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*

<sup>20</sup> De acordo com o relatório oficial da organização do Fórum de Governança da Internet, principal evento de debate sobre o tema, realizado em 2020, 39% dos participantes se autodeclararam como representantes da sociedade civil, 18% do setor privado, 17% do governo, 15% da comunidade técnica, 9% de organizações internacionais e 1% da mídia. Mais informações em: <https://www.intgovforum.org/multilingual/index.php?q=filedownload/11138/2452>.

<sup>21</sup> Mais informações podem ser encontradas aqui: <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2019-ws-283-transdisciplinarity-for-internet-governance-and-resilience>.

dos existentes, assim como conhecer os recursos necessários para a construção de determinado conhecimento. Além disso, permite desenvolver estudos que cubram brechas na literatura, como forma de contribuição para um campo científico<sup>22</sup>. A revisão sistemática da literatura foi escolhida por ser uma modalidade de pesquisa que busca entender e dar logicidade a um grande *corpus* documental<sup>23</sup>.

A plataforma de busca selecionada foi a *Scopus*<sup>24</sup>, base multidisciplinar que abrange áreas do conhecimento que frequentemente investigam questões relacionadas à governança da internet (como ciências políticas, ciências da computação, relações internacionais, direito, etc). Ainda, a base adere a regras de rigor científico na seleção do material que agrega (como revisão por pares e periodicidade) e possui filtros para busca detalhada de publicações por linguagem, nacionalidade, tipo de publicação.

O protocolo de pesquisa que delimitou a seleção de publicações é apresentado no quadro a seguir:

Quadro 1 - Protocolo de seleção de artigos para revisão sistemática de literatura

<i>Objetivo</i>	Selecionar publicações que apresentem elementos estruturantes do termo governança da internet.
<i>Descritores</i>	“governança de internet”; “governança da internet”; “governança na internet” “gobierno de internet <sup>25</sup> ”; “governanza d?* internet”; e “internet governance.”
<i>Limitação temporal</i>	Todos os anos
<i>Idiomas</i>	Português, inglês e espanhol
<i>Tipos de produção científica</i>	Artigos, revisões, breves pesquisas e documentos de conferências

<sup>22</sup> GALVÃO, Maria C.; RICARTE, Ivan L. M. Revisão sistemática da literatura: conceituação, produção e publicação. *Logeion: Filosofia da Informação*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 57 - 73, set. 2019. P. 58. DOI:<https://doi.org/10.21728/logeion.2019v6n1.p57-73>. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4835>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Em fase preliminar à revisão sistemática, foi realizada uma pesquisa não exaustiva na plataforma Google Scholar para que o objeto da pesquisa fosse melhor compreendido e para a definição dos descritores que abarcaria os interesses de pesquisa anteriormente mencionados. Esta pesquisa preliminar permitiu que os pesquisadores compreendessem o escopo mais amplo da governança da internet, de modo que foi definido que o melhor descritor para ser aplicado na revisão sistemática seria o próprio termo, e suas variáveis idiomáticas, por representarem o aspecto holístico do objeto da pesquisa.

<sup>25</sup> Apesar de Kurbalija destacar o problema da palavra governança, tanto em português quanto em espanhol, estar associada ao governo e à administração pública, durante a pesquisa preliminar notou-se que existe uma diferença entre “governo da internet”, associado à administração pública, e “gobierno de internet” associado à governança da internet. Portanto, devido à aproximação de “gobierno de internet” com o foco desta pesquisa este termo também foi aplicado nas buscas. Um exemplo da aplicação do termo “gobierno de internet” para se referir a governança é apontado por Abril ao se basear no conceito do WSIS: “Nos referimos al denominado gobierno de Internet, que cabe concebir como el “desarrollo y la aplicación por los Gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en el desempeño de sus respectivos papeles, de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que den forma a la evolución y a la utilización de Internet” . Mais informações podem ser encontradas aqui: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57921/55801>.

<i>Outros critérios de inclusão</i>	(i) abordagem de modelos, análises, conceituação ou o ecossistema de governança da internet; (ii) acesso possível via Scopus ou vpns e proxies institucionais; (iii) possuir um ou mais descritores no título, resumo ou palavras chaves
<i>Outros critérios de exclusão</i>	(i) a menção ao tema da governança da internet apenas como tema correlato; (ii) a falta de indícios dos critérios de inclusão <sup>26</sup> ; e (iii) a ausência de acesso à obra completa, seja por livre acesso ou por meio dos proxies institucionais aos quais os pesquisadores possuíam acesso <sup>27</sup> .

Fonte: Elaboração própria

O escopo do tipo de produção científica foi delimitado para selecionar publicações aprofundadas de forma que os resultados estejam baseados em uma literatura científica robusta. O critério do idioma foi estabelecido considerando os idiomas de fluência da equipe de pesquisa.

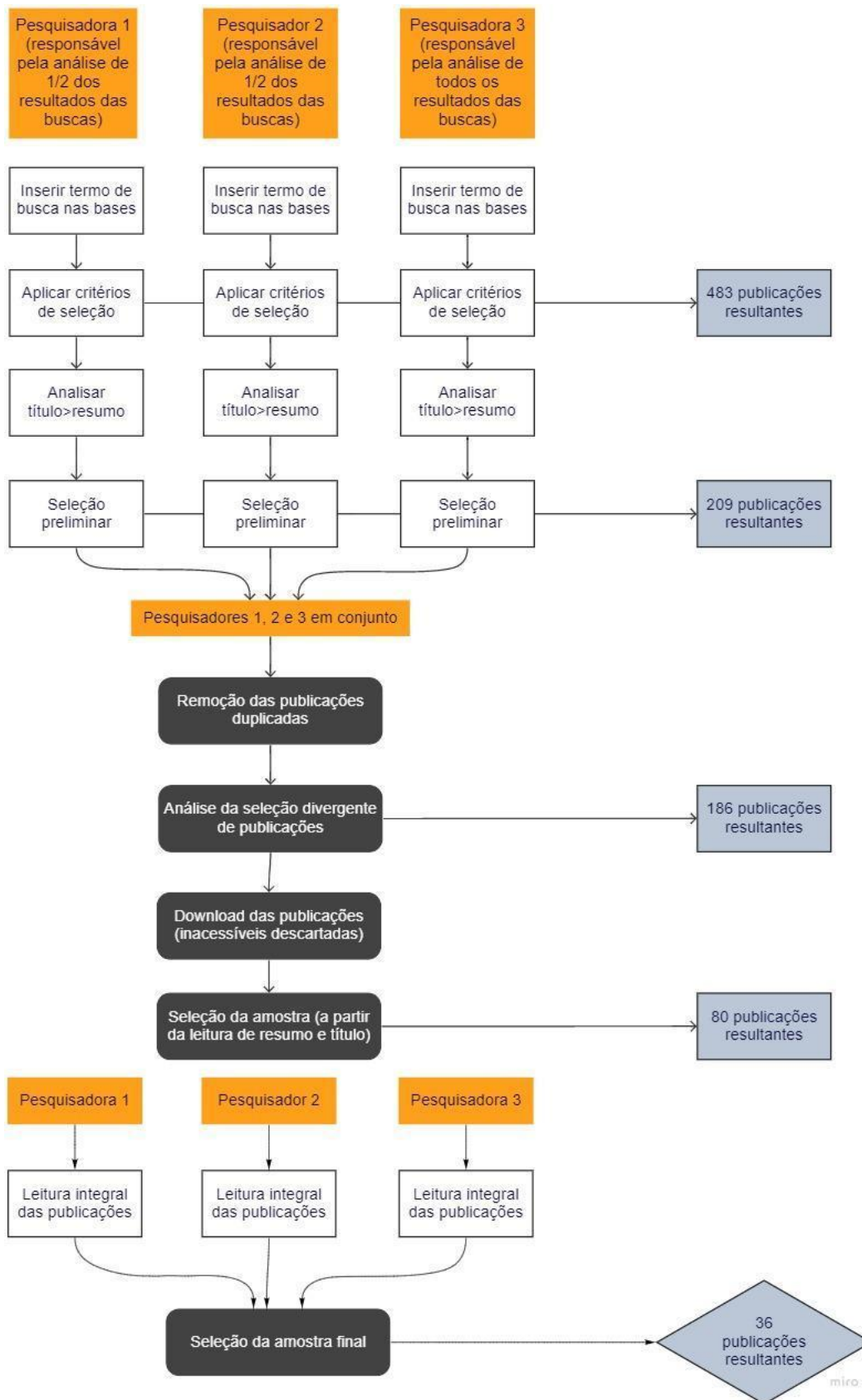
Quanto ao critério (iii) de exclusão, destaca-se que grande parte das publicações selecionadas foram descartadas, pois a íntegra da publicação não estava disponível nem por acesso livre nem por meio do uso dos *proxies* institucionais dos pesquisadores.

A seguir é apresentado um fluxograma do protocolo de pesquisa, a partir do qual foram obtidos os resultados a seguir descritos, divididos em análise qualitativa do conteúdo dos textos selecionados e análise bibliométrica dos metadados relevantes à pesquisa.

<sup>26</sup> A caráter de exemplo, o artigo “WEITZENBOECK, Emily M. *Hybrid net: The regulatory framework of ICANN and the DNS*”, *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford University Press, v. 22, n. 1, 2014, P. 49 – 73. DOI: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eat016>. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijlit/article/22/1/49/697798>”, apesar de estar indexado na Scopus, não foi selecionado pela equipe para a leitura por se limitar a uma análise muito específica de uma instituição inserida no contexto da governança da internet.

<sup>27</sup> Devido à possibilidade de configurar indicação de autoria, as instituições foram removidas do manuscrito e serão identificadas na versão final ou a pedido da revista.

Figura 1 - Procedimento de revisão sistemática de literatura adotado



Fonte: Elaboração própria

## 2 ELEMENTOS QUE COMPÕEM A GOVERNANÇA DA INTERNET

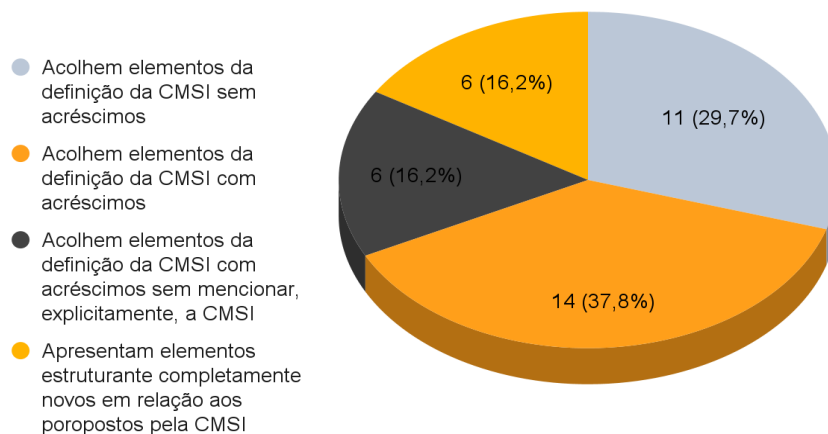
Esta seção pretende apresentar os resultados qualitativos e quantitativos apreendidos a partir da análise de conteúdo e análise bibliométrica nos termos da metodologia e referencial teórico já descritos.

### 2.1 Análise dos resultados encontrados

No universo de publicações analisadas, grande parte se baseava na definição de governança da internet proposta pela Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (CMSI). Portanto, por haver uma tendência entre as publicações de debater e construir os elementos estruturantes da governança da internet a partir do conceito dado pela CMSI, ele foi estabelecido como um parâmetro para classificar as publicações analisadas.

Neste sentido, os resultados apresentam que, entre as 36 publicações, 31 utilizam o conceito da CMSI como ponto de partida para o conceito em análise e 5 publicações oferecem elementos completamente novos para a estruturação deste termo.

Figura 2 - Relação das publicações com a definição de "governança da internet" da CMSI



Fonte: Elaboração própria

A seguir, são esquematizados os principais elementos identificados na literatura analisada para estruturar o conceito de governança da internet, categorizados por sua aproximação ou distanciamento em relação ao conceito da CMSI. Foge ao âmbito deste trabalho uma análise mais aprofundada dos temas subjacentes aos textos, uma vez que o objetivo foi a identificação e apresentação dos conceitos de governança da internet desenvolvidos dentro da amostra de artigos coletados. Assim, os quadros abaixo possuem caráter expositivo e podem servir de base para futuras análises:

Quadro 2 - Publicações que acolhem os elementos estruturantes propostos pela CMSI com acréscimos

Título – Autoria	Elementos estruturantes do termo “governança da internet” propostos
Internet control points as LGBT rights mediation- DE-NARDIS, Laura; HACKL, Andrea M.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Supervisão realizada por diferentes atores - tarefas do ecossistema da governança da internet;</li> <li>● A arquitetura e infraestrutura da rede como núcleo básico do conceito de governança da internet;</li> <li>● Principais funções do ecossistema de governança da Internet: (i) controle de 'recursos críticos da Internet', (ii) definição de padrões da Internet, (iii) coordenação de acesso e interconexão, (iv) governança de segurança cibernética, (v) a função política dos intermediários de informação e (vi) a aplicação de direitos de propriedade intelectual baseada em arquitetura;</li> <li>● Áreas técnicas de governança e tarefas não são exaustivas, mas a estrutura serve para dissipar uma prática comum de discutir a governança da Internet.</li> </ul>
- Let the Internet Be the Internet -NELSON, Michael R.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● As características das novas formas de exercício da autoridade na governança da internet: (i) a informalidade, (ii) a multiplicidade de fontes e atores a participar dos processos regulatórios, (iii) a ausência de estruturas oficiais únicas e (iv) o dinamismo da regulação;</li> <li>● A governança da internet se dá em diferentes camadas, cada qual com atores atuando em diferentes níveis;</li> <li>● A governança da internet pode ser vista como uma forma regulatória transnacional e coordenada em que há uma profunda transformação do exercício de autoridade.</li> </ul>
Power plays in global internet governance - CARR, Madeline	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Acrescenta que os elementos que compõem a governança da internet incluem também a definição de padrões técnicos, alocação de recursos, arranjos legais e o controle de acesso e informações online;</li> <li>● Alguns aspectos da governança da Internet tratam de questões de coordenação técnica que apresenta poucas barreiras à cooperação, há muitos outros aspectos que têm implicações políticas, comerciais, jurídicas e culturais.</li> </ul>
Dangerous Liaisons? Governments, companies and Internet Governance - MUSIANI, Francesca	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Multissetorialismo não se dá de forma homogênea, muitas vezes concentrado nos atores e instituições internacionais;</li> <li>● A governança da internet não é normalmente aplicada a problemas práticos que são cruciais na formação e regulação da internet.</li> </ul>
Multistakeholder: anatomy of an inchoate global institution - RAYMOND, Mark; DE-NARDIS, Laura.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Principais funções da governança da internet: (i) controle de 'recursos críticos da Internet', (ii) definição de padrões da Internet, (iii) coordenação de acesso e interconexão, (iv) governança de segurança cibernética, (v) a função política dos intermediários de informação e (vi) a aplicação de direitos de propriedade intelectual baseada em arquitetura;</li> <li>● Governança da internet envolve camadas de tarefas administrativas e de coordenação distintas que, cumulativamente, mantêm a Internet operacional;</li> <li>● Multissetorialismo não é uma característica homogênea e não deve ser aplicado.</li> </ul>
Where is the governance in Internet governance? - VAN EETEN, Michel; MUELLER, Milton	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Pela negação, tem-se uma ampliação do conceito de governança da internet. Nesse sentido, governança da internet não seria apenas práticas sistêmicas com dimensão global; tampouco apenas existe no âmbito de instituições formais.</li> </ul>



A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking - BELLI, Luca.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Representação de interesses heterogêneos.</li> </ul>
WSIS+10: the self-praising feast of multistakeholderism in internet governance - MUSIANI, Francesca.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Ampliação do conceito para incluir questões como transparência, abertura, diversidade e interoperabilidade; além de possibilitar a inclusão de temas à governança da internet, como direitos autorais; propriedade; trabalho e regulação de conteúdo;</li> <li>● Incorporação da prática da governança da internet à sua estrutura conceitual.</li> </ul>
Is cybersecurity eating internet governance? Causes and consequences of alternative framings - MUELLER, Milton.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Governança (em geral) envolve uma distribuição policêntrica de poder;</li> <li>● Requer uma compreensão sobre como questões técnicas e arquiteturais dialogam e impactam questões econômicas; jurídicas e políticas;</li> <li>● Transnacionalidade.</li> </ul>
Network architecture as internet governance - MUSIANI, Francesca.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● A definição do GTGI é muito ampla para traçar com precisão os limites do campo;</li> <li>● Governança da internet como uma questão de política pública.</li> </ul>
15 years of ways of internet governance: towards a new agenda for action - BERLEUR, Jacques-	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Aborda que a governança da internet abrange questões e organizações relacionadas à governança, financiamento e controle da Internet e seus protocolos;</li> <li>● O campo abarca questões políticas, econômicas, sociais e técnicas.</li> </ul>
Practice, Plurality, Performativity, and Plumbing: Internet Governance Research Meets Science and Technology Studies - MUSIANI, Francesca.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Governança da internet abrange questões de soberania, autonomia e liberdade;</li> <li>● A definição do GTGI alcançou amplo consenso, mas é considerada limitada no que diz respeito aos limites do campo;</li> <li>● Superintitucionalização da governança da internet: papel central das instituições internacionais e as suas influências no ecossistema do campo;</li> <li>● Falta de comunicação entre as instituições da governança da internet e as práticas diárias que acontecem por meio da internet;</li> <li>● A governança da internet é mais do que uma questão de política pública.</li> </ul>
Doing internet governance: practices, controversies, infrastructure, and institutions - EPSTEIN, Dmitry; KATZENBACH, Christian Katzenbach; MUSIANI, Francesca.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● A governança da internet tem aspecto heterogêneo, configurando uma ordem continuamente emergente e dissolvida;</li> <li>● Uma definição única sobre as fronteiras e parâmetros do campo pode ir em detrimento do próprio campo da governança da internet.</li> </ul>
The internet governance ecosystem: Where we are and the path ahead- WAGNER, Flávio R.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● O campo da governança da internet está relacionado às funções técnicas e padrões necessários para manter a internet aberta, não fragmentada, estável, resiliente e segura;</li> <li>● A internet, assim como sua governança, possui natureza distribuída: os processos são gerenciados por um grande número de entidades internacionais, regionais e nacionais.</li> </ul>
The evolution of Internet Governance: lessons learned from NETmundial - ALMEIDA, Virgílio A. F.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● A estrutura de governança da internet é um ecossistema distribuído e coordenado que envolve várias organizações;</li> <li>● A governança da internet deve ser inclusiva, transparente e responsável;</li> <li>● As estruturas e operações do campo devem seguir uma abordagem</li> </ul>

	que permita a participação de todas as partes interessadas, abordando interesses diversos.
The Internet at Risk - CERF, Vinton G.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● As discussões sobre a governança da internet devem ser conduzidas em um ambiente com diversas partes interessadas;</li> <li>● Participação igualitária entre o setor público, a sociedade civil, o setor privado e a comunidade técnica no que diz respeito às decisões e processos relacionados ao campo.</li> </ul>
An Analysis of Internet Deployment and Governance- KNAHL, Martin H.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● A governança da internet se refere ao gerenciamento e operação globais dos principais recursos da internet, como as alocações de endereços IP ou nomes de domínio;</li> <li>● A governança da internet é amplamente reconhecida como um processo técnico e político.</li> </ul>
A perspective and implications of internet governance, network neutrality and e-government - KNAHL, Martin H.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Governança da internet determina o controle global e o gerenciamento dos principais recursos da Internet, incluindo questões de arquitetura da rede.</li> </ul>
Internet Governance and the Internet Governance Redux - CERF, Vinton G.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● A governança da internet é mais ampla do que o escopo da operação das instituições internacionais;</li> <li>● Ao campo aplicam-se leis locais, nacionais e internacionais, tal aplicação envolve uma ampla gama de atores.</li> </ul>
The emerging Internet Governance mosaic: connecting the pieces - DUTTON, William H.; PELTU, Malcolm.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● A governança é multicamadas, fragmentada, complexa e geralmente altamente distribuída;</li> <li>● A internet não é uma única tecnologia, mas um conjunto de muitas tecnologias em diferentes níveis. A sua governança também não é um processo, mas vários processos em diferentes níveis, tratando de questões específicas;</li> <li>● Diferentes modelos de governo e agências são necessários para abordar diferentes questões do campo.</li> </ul>

Fonte: elaboração própria

Quadro 3 - Publicações que apresentam elementos estruturantes completamente novos em relação aos propostos pela CMSI

Título - Autor(a)	Elementos estruturantes do termo "governança da internet" propostos
Internet governance in the UK - COLLINS, Richard	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Governança em rede;</li> <li>● Autorregulação (no sentido de autogerida).</li> </ul>
Multistakeholder approach and human rights in Internet Governance - SHCHERBOVICH, Andrey A.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Multissetorialismo em aspecto supranacional, nacional, regional e autorregulação;</li> <li>● Interdependências dos atores;</li> <li>● Arcabouço principiológico comum;</li> <li>● Promoção de diálogo e construção de consenso entre os atores;</li> <li>● Instrumentos de regulação global em prol dos direitos humanos.</li> </ul>
"Capacity-building" in global Internet governance: The long-term outcomes of "multistakeholderism" - ANTONOVA, Slavka.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Regime regulatório de âmbito global;</li> <li>● Colaboração multissetorial para a construção de consciência global sobre os elementos estruturantes da GI;</li> <li>● Negociação entre atores e construção de pontos de consenso;</li> <li>● Questões relacionadas à GI adentram no escopo global.</li> </ul>

Coding and Encoding Rights in Internet Infrastructure - MILAN, Stefania.TEN OEVER, Niels.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Criação de significado e de papel discursivo da sociedade civil em questões da infraestrutura da rede;</li> <li>● Relação entre a infraestrutura da internet e os direitos humanos;</li> <li>● Governança da internet abrange a coordenação global do DNS e endereços de internet, mas além disso ambientes com baixa formalização.</li> </ul>
Freedom of Expression and Alternatives for Internet Governance Prospects and Pitfalls - RICKNELL, Emma.	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Projeto e administração da infraestrutura da rede;</li> <li>● Promulgação de políticas substantivas em torno da internet;</li> <li>● Fomentar a participação e acessibilidade dos atores;</li> <li>● Criação de instituições representativas a nível local e global para o estabelecimento de regras e regulamentos em prol participação, transparência e liberdade de expressão;</li> <li>● Cooperação multissetorial.</li> </ul>

Fonte: Elaboração própria

Ainda que haja aporte teórico em relação a novos elementos estruturantes do campo da governança da internet, por parte dos autores citados na tabela 5, as discussões apresentadas nos textos analisados não propuseram novo conceito sobre governança da internet.

## 2.2 Análise bibliométrica

Esta seção apresenta os resultados da análise quantitativa de cinco aspectos considerados relevantes para compreender a literatura que dialoga sobre o conceito de governança da internet.

Foram escolhidas como variáveis: 1) ano de publicação, por evidenciar o aumento do engajamento da comunidade científica no tema ao longo do tempo, 2) autoria, por permitir a identificação dos principais participantes na construção do campo de conhecimento da governança da internet; 3) aplicação dos descritores, para identificar quais termos os autores utilizam de forma mais recorrente para se referir ao tema em questão; 4) vínculo institucional, com objetivo de identificar os principais espaços de produção científica sobre o tema bem como suas respectivas localizações geográficas; e 5) palavras-chaves, para verificar a incidência de determinados assuntos e enfoques.

Percebe-se um pico de publicações nos anos 2005 e 2013 (5 publicações em cada); seguido pelos anos 2006, 2016 e 2017 (4 publicações cada. Entre autores e autoras, aquela que figura com maior número de publicações é Francesca Musiani (5 publicações); seguida por David Drisel; Martin Knahl; Milton Mueller; Dmitry Epstein; Vinton G. Cerf; Laura Denardis e Christian Katzenbach (todos com 2 publicações).

O descritor com mais retorno de publicações selecionadas quando aplicado foi “*internet governance*” (36 publicações), seguido por “governança da internet” (1 publicação). Uma publicação se repetiu nos resultados de busca na Scopus, o que foi corrigido na etapa pertinente apresentada na seção sobre metodologia. Quanto ao vínculo institucional, a *American University* aparece como instituição com mais autores distintos (2 autores); prevalecem a vinculação de autores provenientes de instituições dos Estados Unidos da América (9 instituições); seguido do Reino Unido (5 instituições) e Brasil (4 instituições).

A análise das palavras-chaves indicadas pelos autores das publicações analisadas, denota predominância do termo “internet governance” (25 ocorrências), o que não diverge do esperado em razão do protocolo de pesquisa aplicado. Seguem-se os termos “ICANN” (9 ocorrências), “internet governance fórum” (5) e “regulations” (5).

A seguir, apresenta-se a relação de publicações analisadas, por acolhimento ao conceito apresentado pela CMSI (WSIS), além de vínculo institucional e país ao qual cada uma se relaciona:

Quadro 4 – Publicações que acolhem o conceito de governança da internet da CMSI

Título	Vínculo institucional	País
Contesting internet governance: global dissent and disparities in the management of cyberspace	Iowa Central Community College	EUA
Internet Governance in a Multipolar World Challenging Hegemony	Iowa Central Community College	EUA
Internet Governance: Some Thoughts after the two WSIS	University of Namur and of Liege	Bélgica
Power and the internet	*	*
Introduction to Economics and Governance of Future Networks.	INRIA Rennes Bretagne-Atlantique	França
The making of institutions of information governance the case of the internet governance forum	Cornell University Ithaca	EUA
Internet Governance: Territorializing Cyberspace	Valdosta State University	EUA
Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance.	Social Science Research Centre Berlin; Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society;	Alemanha
Brazil's Organization of the NETMundial Meeting: Moving Forward in Global Internet Governance	The University of Leeds	Reino Unido
Autoridade Privada na Governança da Internet: regimes de nomes e domínios na América Latina	Universidade de Brasília	Brasil
The crucial and contested global public good: principles and goals in global internet governance	Faculty of Theology, Diaconia and Leadership Studies; VID Specialized University	Noruega

\* Indisponível

Fonte: elaboração própria

Quadro 5 – Publicações que acolhem com acréscimos o conceito de governança da internet da CMSI

<b>Título</b>	<b>Vínculo institucional</b>	<b>País</b>
Let the Internet Be the Internet	Internet Society	EUA
15 years of ways of internet governance: towards a new agenda for action	Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix	Bélgica
Where is the governance in Internet governance?	Delft University of Technology; Syracuse University	Estados Unidos da América
WSIS+10: the self-praising feast of multistakeholderism in internet governance	Mines Paris Tech	França
Network architecture as internet governance	Mines Paris Tech	França
Dangerous Liaisons? Governments, companies and Internet Governance.	Mines Paris Tech	França
A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking	Fundação Getulio Vargas, Brazil	Brasil
Multistakeholder: anatomy of an inchoate global institution	University of Oklahoma, Norman; American University	EUA
Pratice, Plurality, Performativity, and Plumbing: Internet Governance Research Meets Science and Technology Studies	Institute for Communication Sciences, French National Centre for Scientific Research	França
Power plays in global internet governance	Aberystwyth University	Reino Unido
Internet Control potins as LGBT rights	American University	EUA
Doing internet governance: practices, controversies, infrastructure, and institutions	University of Illinois at Chicago; Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society (HIIG); Institute for Communication Sciences of the CNRS	EUA; Alemanha; França
The internet governance ecosystem: Where we are and the path ahead	Universidade Federal do Rio Grande do Sul	Brasil
Is cybersecurity eating internet governance? Causes and consequences of alternative framings	Georgia Institute of Technology	EUA

Fonte: elaboração própria

Quadro 6 – Publicações que acolhem o conceito de governança da internet da CMSI com acréscimos, sem mencionar a instituição

Título	Vínculo institucional	País
The emerging Internet Governance mosaic: connecting the pieces	Oxford Institute	Reino Unido
An analysis of internet deployment and governance	Network Research Group, University of Plymouth	Reino Unido
A perspective and implications of internet governance, network neutrality and e-government	Information Security & Network Research Group	Austrália
The internet at risk	Google	EUA
The evolution of Internet Governance: lessons learned from NETmundial	Federal University of Minas Gerais, Brazil	Brasil
Internet Governance and the Internet Governance Redux.	Google	EUA

Fonte: elaboração própria

Quadro 7 – Publicações que apresentam elementos estruturantes totalmente novos para governança da internet

Título	Vínculo institucional	País
Internet Governance in the UK	Open University	Reino Unido
"Capacity-building" in global Internet governance: The long-term outcomes of "multistakeholderism"	University of North Dakota	EUA
Multistakeholder approach and human rights in Internet Governance	University Higher School of Economics	Rússia
Coding and Encoding Rights in Internet Infrastructure	University of Amsterdam; Article 19	Holanda
Freedom of Expression and Alternatives for Internet Governance Prospects and Pitfalls	Linnaeus University	Suécia

Fonte: elaboração própria

### 3 DISCUSSÃO SOBRE OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA GOVERNANÇA DA INTERNET

Os elementos estruturantes da governança da internet, objeto desta revisão sistemática, foram abordados sob perspectivas distintas, ainda que com pontos em comum, pelas publicações analisadas<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Na discussão de resultados, a equipe escolheu discorrer apenas sobre aqueles textos mencionados na tabela 4 e 5, isto é, contribuições que trouxeram acréscimos à definição da CMSI ou elementos novos. Tal caminho foi escolhido porque a discussão dos resultados obtidos pela presente pesquisa visa destacar novas contribuições ao campo da governança da internet, além de apresentar revisão sistemática da literatura analisada, conforme resta demonstrado na tabela 6.

Um ponto de atenção diz respeito à linha tênue entre definição, caracterização e melhores práticas de governança da internet. Ainda que o GTGI pretenda separar características da governança de suas estruturas essenciais, a definição proposta pelo grupo ainda inclui qualidades que não são imprescindíveis para o enquadramento de um signo como integrante da governança da internet. Este parece ser o caso do multissetorialismo, por exemplo.

Como apontado por diversos autores no âmbito desta revisão, e enfatizado por Raymond e Denardis<sup>29</sup>, o multissetorialismo é uma das abordagens possíveis para a ampliação da participação em processos de governança e não um valor próprio desse campo. Além disso, diversos aspectos - especialmente a nível executivo - da governança da internet possuem poucos ou apenas um ator envolvido. Nesse sentido, vincular o modelo multissetorial a todos os âmbitos da governança da internet pode deixar de considerar práticas que não adotam tal parâmetro.

Considerando que a elaboração de definições e conceitos possui uma dimensão política, no sentido que certos elementos são escolhidos como estruturantes de acordo com objetivos específicos ou gerais, incluir a característica do multissetorialismo no modelo de governança da internet pode ser uma estratégia para reforçar a importância da participação ampla e diversa nos processos deste campo. Especialmente, um contexto de governança autoritária ou elitista da internet pode acarretar na supressão de direitos digitais. Assim, elevar o multissetorialismo à categoria de elemento essencial corrobora com a pretensão de garantir o uso e desenvolvimento da internet pautado e direcionado para os direitos humanos. Entretanto, a incorporação de características adjetivas à estrutura de um campo deve ser percebida sob uma perspectiva crítica e como meio para alcançar um propósito mais amplo. Nesse sentido, tanto o multissetorialismo quanto outras características também associadas à governança da internet nas publicações analisadas (como transparência) parecem ser estratégias para sua concepção. Elas devem, porém, ser consideradas enquanto características adjetivas e não vinculantes. Desta forma, a inexistência da característica em alguma prática ou fenômeno não os exclui, necessariamente, do campo da governança da internet.

Ao mesmo tempo que se infere um esforço de ampliar a definição de governança da internet para que sua moldura acolha necessariamente certas características, como Van Eeten e Muller apontam, o problema pode estar mais relacionado à aplicação da matéria na vida prática e não tanto à sua definição<sup>30</sup>. Isto diz respeito a um segundo aspecto de discussão: o não-reconhecimento de instâncias informais e práticas de governança da internet.

Em convergência com o argumento de Musiani<sup>31</sup> de que a governança da internet deve se aproximar das práticas cotidianas e de seu efetivo exercício, Eeten e Muller apontam uma disfunção entre os rótulos e as substâncias que compõem a governança da internet. Dessa

<sup>29</sup>RAYMOND, Mark; DENARDIS, Laura. Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. *International Theory*, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 572-616, maio, 2015. P. 610. DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/s1752971915000081>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/multistakeholderism-anatomy-of-an-inchoate-global-institution/B69E6361B5965C98CFD400F75AA8DC53>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>30</sup>VAN EETEN, Michel; MUELLER, Milton. Where is the governance in Internet governance? *New Media & Society*, [S.l.], Novembro, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444812462850>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1461444812462850>. Acesso em: 14 jun. 2021.

<sup>31</sup>MUSIANI, Francesca. WSIS+10: the self-praising feast of multistakeholderism in internet governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 1 - 7, abr., 2013a. P. 4. DOI: 10.14763/2013.2.121. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/wsis10-self-praising-feast-multi-stakeholderism-internet-governance>. Acesso em: 14 jun. 2021.

forma, as instituições formais são as mais frequentemente - senão as únicas - enquadradas no campo da governança da internet<sup>32 33</sup>. Uma das possíveis razões para essa relação do campo com instituições formais seria seu caminho de desenvolvimento que, como explanado na seção teórica, teve a CMSI, organizada pela ONU, e a ICANN como grandes expoentes. Ademais, a previsão do multissetorialismo como fator homogêneo e sempre aplicado é retomada.

O argumento desenvolvido, o qual dialoga com o ponto de Musiani<sup>34</sup>, mencionado acima, é que existem espaços e decisões tomadas por alguns dos setores que constituem exercício da governança da internet, ainda que nem sempre todos estão interessados ou envolvidos com o campo. Além disso, a autora menciona que a definição formulada pelo GTGI é muito ampla para traçar com precisão os limites do campo<sup>35</sup>.

Em relação à compreensão uniforme do multissetorialismo, Belli<sup>36</sup> aponta que tal característica da governança pressupõe e reconhece a existência de setores específicos. O autor defende que isso não é suficiente para garantir sua máxima representatividade, já que questões como recorte de capacidade econômica não são consideradas dentro da concepção de multissetorialismo<sup>37</sup>.

De forma convergente a Belli, Musiani também reforça a importância das categorias que abrangem a ideia de multissetorialismo serem repensadas para garantir uma participação efetiva nos processos decisórios e executivos<sup>38</sup>. Dessa forma, elementos como a informalidade e a ausência de instituições oficiais únicas propostos por Nelson<sup>39</sup> parecem acomodar algumas críticas endereçadas ao atual conceito mais utilizado de governança da internet.

Considerando, portanto, que o referencial teórico sugeriu um lugar de destaque para o multissetorialismo enquanto elemento estruturante da governança da internet, percebe-se que a literatura questiona a aplicação homogênea desse elemento. Principalmente porque

<sup>32</sup>MUSIANI, Francesca. Dangerous Liaisons? Governments, companies and Internet Governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 1 - 7, fev., 2013c. DOI: 10.14763/2013.1.108. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/dangerous-liaisons-governments-companies-and-internet-governance>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>33</sup> MUSIANI, Francesca. Practice, Plurality, Performativity, and Plumbing: Internet Governance Research Meets Science and Technology Studies. *Science, Technology, & Human Values* [S.l.], v. 2, n. 2, p. 272 - 283, out., 2014. DOI: <https://doi.org/10.1177/0162243914553803>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0162243914553803>, Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>34</sup> MUSIANI, Francesca. Practice, Plurality, Performativity, and Plumbing: Internet Governance Research Meets Science and Technology Studies. *Science, Technology, & Human Values* [S.l.], v. 2, n. 2, p. 272 - 283, out., 2014. DOI: <https://doi.org/10.1177/0162243914553803>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0162243914553803>, Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>35</sup>MUSIANI, Francesca. Network architecture as internet governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 4, p. 1-9. Out. 2013b. DOI: <http://dx.doi.org/10.14763/2013.4.208>. Disponível em: <https://www.econstor.eu/handle/10419/213975>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>36</sup>BELLI, Luca. A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 1 - 21, maio, 2015. P. 3. DOI: Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/heterostakeholder-cooperation-sustainable-internet-policymaking>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> MUSIANI, Francesca. WSIS+10: the self-praising feast of multistakeholderism in internet governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 1 - 7, abr., 2013a. P.4. DOI: 10.14763/2013.2.121. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/wsis10-self-praising-feast-multi-stakeholderism-internet-governance>. Acesso em: 14 jun. 2021.

<sup>39</sup> NELSON, Michael R. Let the internet be the internet. *Issues in Science and Technology*, [S.l.], v. 22, n. 3, p. 36-39, mar., 2006. P. 39. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/43314219.pdf?refreqid=excelsior%3Ae90ff01472d03835481e5dbe2587fa2b>. Acesso em: 10 jun. 2021.



essa aplicação poderia afastar o reconhecimento de diversas práticas cotidianas como integrantes da governança da internet.

Ao mesmo tempo, algumas práticas são consideradas, por alguns Raymond<sup>40</sup>, Wagner<sup>41</sup> e Knahl<sup>42,43</sup>, afastadas da ideia de governança da internet, que diria respeito à gestão da internet no sentido de envolver tarefas administrativas e de coordenação que mantêm a Internet operacional. Ao mesmo tempo, nota-se um enfoque da governança no sentido de controle da internet e seus protocolos<sup>44</sup>. Este seria um terceiro aspecto que se pretende discutir: a aproximação do termo governança da ideia de gestão.

Conforme mencionado no referencial teórico, o conceito proposto pela CMSI relaciona a governabilidade do termo à tomada de decisões e à sua. Nesse sentido, o poder de influência de uma ação é um ponto central às práticas de governança. Importa mencionar que existe crítica sobre o distanciamento entre as instâncias e os atores que efetivamente governam a internet, sendo que o conceito da CMSI abrange o aspecto executório da governança e, ainda, que esta se exerce na concepção mais ampla de internet (seu uso e evolução). Nesse sentido, associar governança da internet à mera gestão administrativa de recursos críticos parece significar um esvaziamento das estruturas do campo. Portanto, como mencionado pelos autores<sup>45</sup> que, até mesmo, aproximam o campo da governança à gestão ou administração de recursos críticos, ainda que a internet como objeto da governança remonte a um caráter técnico

<sup>40</sup> RAYMOND, Mark; DENARDIS, Laura. Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. *International Theory*, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 572-616, maio, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/s1752971915000081>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/multistakeholderism-anatomy-of-an-inchoate-global-institution/B69E6361B5965C98CFD400F75AA8DC53>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>41</sup> WAGNER, Flávio R. The internet governance ecosystem: Where we are and the path ahead. In: Brazilian Symposium on Multimedia and the Web, 22, 2016, Teresina. *WebMedia 2016 - Proceedings of the 22nd Brazilian Symposium on Multimedia and the Web*. Teresina: Web Media, 2016. p. 5 - 6. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/2976796.2984747>. Acesso em: 21 ago. 2021

<sup>42</sup> KNAHL, Martin H. An Analysis of Internet Deployment and Governance. In: International Conference on Web Information Systems and Technologies - Society, e-Business and e-Government, 3, 2007, Barcelona. *Proceedings of the Third International Conference on Web Information Systems and Technologies - Society, e-Business and e-Government*. Barcelona: INSTICC; 2007. p. 247 - 250. Disponível em: <https://www.scitepress.org/papers/2007/12844/12844.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>43</sup> KNAHL, Martin H. A perspective and implications of internet governance, network neutrality and e-government. In: INTERNATIONAL CONFERENCE E-SOCIETY, 6, 2008, Algarve. *Proceedings. Proceedings of the International Conference e-Society*. Algarve: IADIS; 2018. p. 204 - 201. Disponível em: <http://www.iadisportal.org/e-society-2008-proceedings>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>44</sup> BERLEUR, Jacques. 15 years of ways of internet governance: Towards a new agenda for action. In: International Conference on Human Choice and Computers, 2, 2008, Pretoria. *International Federation for Information Processing book series*. Pretoria: Springer, Boston. p. 255 - 274. DOI: [DOIhttps://doi.org/10.1007/978-0-387-84822-8\\_17](https://doi.org/10.1007/978-0-387-84822-8_17). Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-84822-8\\_17](https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-84822-8_17). Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>45</sup> DENARDIS, Laura; HACKL, Andrea M. Internet control points as LGBT rights mediation. *Information, Communication & Society*, [S.l.], v. 19, n. 6, p. 753-770, jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/1369118x.2016.1153123>. Disponível em: <https://www.genderit.org/resources/internet-control-points-lgbt-rights-mediation>. Acesso em: 10 jun. 2021; RAYMOND, Mark; DENARDIS, Laura. Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. *International Theory*, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 572-616, maio, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/s1752971915000081>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/multistakeholderism-anatomy-of-an-inchoate-global-institution/B69E6361B5965C98CFD400F75AA8DC53>. Acesso em: 10 jun. 2021; KNAHL, Martin H. A perspective and implications of internet governance, network neutrality and e-government. In: INTERNATIONAL CONFERENCE E-SOCIETY, 6, 2008, Algarve. *Proceedings. Proceedings of the International*

de infraestrutura de redes e aplicações, sua gestão perpassa por um processo político imbuído de questões sociais, culturais, econômicas e tantos outros recortes. Assim, as questões estruturais impactam qualquer forma de administração de bens tão relevantes quanto aqueles envolvidos na governança da internet.

Por fim, destaca-se que uma das justificativas para a elaboração deste trabalho, a importância da consolidação de uma definição de governança da internet para desenvolvimento do campo, foi identificada como ponto de crítica por algumas publicações<sup>46</sup>. Essa posição tem como ponto principal a consideração de que a pluralidade do campo da governança não possibilita uma definição única e rígida, de forma que resultaria na necessária exclusão de certos elementos e práticas pertencentes a este campo.

Entretanto, considerando, especialmente, o critério de generalidade observado pelo GTGI para a elaboração da definição de governança da internet, mesmo que passível de reavaliação, existe um grau de elasticidade da atual definição de governança, ao não se referir a práticas específicas e taxativas. Dessa forma, a predominância de seu aspecto procedimental presente na definição da CMSI parece delimitar o que pode ser considerado sua prática sem estabelecer fronteiras temáticas, geográficas ou de outras características específicas.

Por fim, as análises bibliométrica e qualitativa possibilitaram a confirmação da hipótese de pesquisa apresentada na metodologia, de concentração das discussões e construções sobre o conceito de governança da internet no Norte Global. O papel dos Estados Unidos da América (EUA) como pioneiro tecnológico e centralizador de decisões sobre recursos e usos da internet é apontado por diversos autores como um fator de impacto na construção da definição de governança da internet<sup>47</sup>. Para ilustrar a influência norte-americana sobre as bases

---

Conference e-Society. Algarve: IADIS; 2018. p. 204 - 201. Disponível em: <http://www.iadisportal.org/e-society-2008-proceedings>. Acesso em: 15 set. 2021; MILAN, Stefania. TEN OEVER, Niels. Coding and Encoding Rights in Internet Infrastructure. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 1 - 17, jan., 2017. DOI: 10.14763/2017.1.442. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/coding-and-encoding-rights-internet-infrastructure>. Acesso em: 16 set. 2021; RICKNELL, Emma. Freedom of Expression and Alternatives for Internet Governance Prospects and Pitfalls. *Media and Communication*, v. 8, n. 4, p. 110 - 120, out., 2020. DOI: 10.17645/mac.v8i4.3299. Disponível em: <https://www.cogitatiopress.com/mediaandcommunication/article/view/3299>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>46</sup> EPSTEIN, Dmitry; KATZENBACH, Christian; MUSIANI, Francesca. Doing internet governance: practices, controversies, infrastructure, and institutions. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1 - 14,, set., 2016. P. 5. DOI: 10.14763/2016.3.435. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/doing-internet-governance-practices-controversies-infrastructures-and-institutions>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>47</sup> GLEN, Carol M.. Internet Governance: territorializing cyberspace?. *Politics & Policy*, [S.l.], v. 42, n. 5, p. 635-657, out. 2014; DRISSEL, David. Internet Governance in a Multipolar World: Challenging American Hegemony. *Cambridge Review of International Affairs*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 105 - 120, mar. 2006a; CARR, Madeline. Power Plays in Global Internet Governance. *Millennium: Journal of International Studies*, [S.l.], v. 43, n. 2, p. 640-659, jan. 2015; HARISTYA, Sherly. The efficacy of civil society in global internet governance. *Internet Histories*, [S.l.], v. 4, n. 3, P. 252 - 270, jul. 2020; HAUGEN, Hans Morten. The crucial and contested global public good: principles and goals in global internet governance. *Internet Policy Review*, v. 9, n. 1, P. 1-22, 2020; CHRISTOU, George; SIMPSON, Seamus. The European Union, multilateralism and the global governance of the Internet. *Journal of European Public Policy*, [S.l.], v. 18, n. 2, P. 241 - 257, mar. 2011; COGBURN, D. L.; MUELLER, M.; MCKNIGHT, L.; KLEIN, H. MATHIASON, J. The U.S. role in global internet governance. *IEEE Communications Magazine*, [S.l.], v. 43, n. 12, P. 12 - 14, dez. 2005; DRISSEL, David. Contesting Internet governance: Global dissent and disparities in the management of cyberspace resources. In: 2ND INTERNATIONAL CONFERENCE ON ADVANCES IN EDUCATION, COMMERCE AND SOCIETY. Southampton, 2006. *WIT Transactions on Information and Communication Technologies*, Southampton, jun. 2006b.

da governança da internet, destaca-se o apontamento sobre como os EUA “procuraram manter o *status quo* com relação à governança da Internet, ou seja, uma abordagem descentralizada e de mercado livre com a parceria público-privada da ICANN em seu centro” (*tradução nossa*)<sup>48</sup>, perspectiva que prevalece.

Além da predominância dos EUA no campo discursivo e decisório apontada nas publicações analisadas, existe uma concentração geográfica de instituições de ensino e pesquisa dos autores nos EUA e na Europa, corroborando com a hipótese inicial. Sendo assim, países europeus se destacam principalmente em razão das instituições de vínculo dos autores, ainda que não se destaquem nas discussões das publicações. Por outro lado, o Brasil, pertencente ao Sul Global, é mencionado em diversas publicações<sup>49</sup> especialmente em razão da organização e sedimento do NetMundial, evento de discussão e decisões sobre a governança global da internet, e pelo modelo de governança da internet adotado pelo país, com enfoque na atuação e atribuições do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). Nesse sentido, ainda que o Norte Global tenha uma atuação predominante em relação ao debate e reflexões acadêmicas sobre os elementos estruturantes da governança da internet, o modelo pioneiro brasileiro ainda exerce influência sobre sua construção institucional e regulatória. Assim, desvia ligeiramente a rota geopolítica convencional da produção científica em temas de governança da internet.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa analisou a construção do termo “governança da internet” na literatura no intento de compreender os diferentes elementos estruturantes que conformam o campo em questão.

<sup>48</sup>Tradução nossa de “sought to maintain the status quo with respect to Internet governance, namely a decentralized, free-market approach with the public-private partnership of ICANN at its center”. GLEN, Carol. Internet Governance: territorializing cyberspace?. *Politics & Policy*, [S.l.], v. 42, n. 5, p. 635-657, out. 2014. p. 645.

<sup>49</sup> HOLMES, Pablo; ANASTÁCIO, Kimberly. Autoridade privada na governança da Internet: regimes de nomes e domínios na América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, 2020; BELLI, Luca. A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 1 - 21, maio, 2015. DOI: Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/heterostakeholder-cooperation-sustainable-internet-policymaking>. Acesso em: 15 set. 2021; FRAUNDORFER, Markus. Brazil's Organization of the NETmundial Meeting: Moving Forward in Global Internet Governance. *Global Governance*, v. 23, p. 503, 2017; WAGNER, Flávio R. The internet governance ecosystem: Where we are and the path ahead. In: Brazilian Symposium on Multimedia and the Web, 22, 2016, Teresina. *WebMedia 2016 - Proceedings of the 22nd Brazilian Symposium on Multimedia and the Web*. Teresina: Web Media, 2016. p. 5 - 6. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/2976796.2984747>. Acesso em: 21 ago. 2021; ALMEIDA, Virgílio A. F. The evolution of Internet Governance: lessons learned from NETmundial. *IEEE Internet Computing*, [S.l.], v. 18, n. 5, p. 65 - 69, 2014. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6886132>. Acesso em: 16 set. 2021; HARISTYA, Sherly. The efficacy of civil society in global internet governance. *Internet Histories*, [S.l.], v. 4, n. 3, P. 252 - 270, jul. 2020; HAUGEN, Hans Morten. The crucial and contested global public good: principles and goals in global internet governance. *Internet Policy Review*, v. 9, n. 1, P. 1-22, 2020; PETERS, Michael A. et al. “INTERNET UNIVERSALITY:” HUMAN RIGHTS AND PRINCIPLES FOR THE INTERNET. *Knowledge Cultures*, v. 2, n. 03, p. 15-28, 2014.

Dentre os 36 textos analisados no âmbito desta pesquisa, 31 utilizaram o conceito da CMSI como ponto de partida para concepção do conceito em análise e 5 publicações ofereceram elementos completamente novos para a estruturação deste termo. Apesar de 31 das publicações analisadas no âmbito deste revisão se pautarem no conceito de governança da internet desenvolvido no âmbito da Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação, percebe-se que grande parte das publicações propõem uma revisão do conceito, seja para acrescentar novos elementos, seja para reavaliar os existentes.

A análise bibliométrica manifesta um dos principais problemas da governança da internet: a concentração de debates (e, conseqüentemente, de decisões) em países do Norte Global. A mudança deste cenário e ampliação da participação de países do Sul Global envolve diversos fatores, entre eles uma maior disponibilização do acesso ao conhecimento produzido sobre o tema. Considerando que os países do Sul Global concentram altos níveis de pobreza e, geralmente, contam com pouca assistência governamental financeira para a produção científica, é essencial que as publicações sobre o assunto sejam acessíveis.

São notáveis as interlocuções entre os diferentes eixos (técnico, político, econômico) do campo por parte dos autores<sup>50</sup>, assim como o conflito entre aspectos técnicos e políticos relacionados à governança da internet. Acompanhado a estes pontos de contato, observou-se um amplo reconhecimento nas publicações analisadas de que os debates relacionados ainda são embrionários e demandam maiores discussões e reflexões.

Apesar de todos os avanços apresentados nas discussões travadas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, o conceito do termo “governança da internet” ainda segue em construção e desconstrução constante. Destaca-se que pesquisas futuras podem contribuir para a compreensão do campo no sentido de analisarem âmbitos informais onde a governança ocorre, mas costumam ser negligenciados pela comunidade acadêmica. Ademais, complementando o objetivo expositivo deste trabalho, futuras pesquisas podem investigar as razões que baseiam as construções (ou reproduções) do conceito de governança da internet de forma a verificar interesses e causas que subjazem este campo. Desta forma, para além da tarefa em compreender como a literatura percebe o campo, tarefa objetivada nesta revisão,

---

<sup>50</sup> MILAN, Stefania. TEN OEVER, Niels. Coding and Encoding Rights in Internet Infrastructure. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 1 - 17, jan., 2017. DOI: 10.14763/2017.1.442. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/coding-and-encoding-rights-internet-infrastructure>. Acesso em: 16 set. 2021; KNAHL, Martin H. An Analysis of Internet Deployment and Governance. In: *International Conference on Web Information Systems and Technologies - Society, e-Business and e-Government*, 3, 2007, Barcelona. *Proceedings of the Third International Conference on Web Information Systems and Technologies - Society, e-Business and e-Government*. Barcelona: INSTICC; 2007. p. 247 - 250. Disponível em: <https://www.scitepress.org/papers/2007/12844/12844.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021; DUTTON, William H.; PELTU, Malcolm. The emerging Internet Governance mosaic: connecting the pieces. *Information Polity*, [S.l.], v. 12, n. 1-2, p. 63 - 81, ago. 2007. DOI: 10.3233/ip-2007-0113. Disponível em: <https://content.iospress.com/articles/information-polity/ip000113>. Acesso em: 16 set. 2021; MUSIANI, Francesca. Practice, Plurality, Performativity, and Plumbing: Internet Governance Research Meets Science and Technology Studies. *Science, Technology, & Human Values* [S.l.], v. 2, n. 2, p. 272 - 283, out., 2014. DOI: <https://doi.org/10.1177/0162243914553803>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0162243914553803>, Acesso em: 15 set. 2021; BERLEUR, Jacques. 15 years of ways of internet governance: Towards a new agenda for action. In: *International Conference on Human Choice and Computers*, 2, 2008, Pretoria. *International Federation for Information Processing book series*. Pretoria: Springer, Boston. p. 255 - 274. DOI: [DOIhttps://doi.org/10.1007/978-0-387-84822-8\\_17](https://doi.org/10.1007/978-0-387-84822-8_17). Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-84822-8\\_17](https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-84822-8_17). Acesso em: 15 set. 2021.

também corrobora para o avanço nos estudos a compreensão dos porquês e dos atores que perfazem a governança da internet.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Virgílio A. F. The evolution of Internet Governance: lessons learned from NETmundial. *IEEE Internet Computing, [S.l.]*, v. 18, n. 5, p. 65 - 69, 2014. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6886132>. Acesso em: 16 set. 2021.

ANTONOVA, Slavka. "Capacity building" in global Internet governance: The long-term outcomes of 'multistakeholderism'. *Regulation & Governance, [S.l.]*, v. 5, n. 4, p. 425 - 445, dez. 2011. DOI: <http://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2011.01117>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-5991.2011.01117.x>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BELLI, Luca. A heterostakeholder cooperation for sustainable internet policymaking. *Internet Policy Review, [S.l.]*, v. 4, n. 2, p. 1 - 21, maio, 2015. DOI: Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/heterostakeholder-cooperation-sustainable-internet-policymaking>. Acesso em: 15 set. 2021.

BERLEUR, Jacques. 15 years of ways of internet governance: Towards a new agenda for action. In: International Conference on Human Choice and Computers, 2, 2008, Pretoria. *International Federation for Information Processing book series*. Pretoria: Springer, Boston. p. 255 - 274. DOI: [DOIhttps://doi.org/10.1007/978-0-387-84822-8\\_17](https://doi.org/10.1007/978-0-387-84822-8_17). Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-84822-8\\_17](https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-84822-8_17). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. São Paulo, SP, 2009. Disponível em: <https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CARR, Madeline. Power Plays in Global Internet Governance. *Millennium: Journal of International Studies, [S.l.]*, v. 43, n. 2, p. 640-659, jan. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1177/0305829814562655>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0305829814562655>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CERF, Vinton G. Internet Governance and the Internet Governance Redux. *IEEE Internet Computing, [S.l.]*, v. 19, n. 2, p. 1 - 2, mar. 2015. DOI: 10.1109/MIC.2015.41. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/7061812/>. Acesso em: 16 set. 2021.

CERF, Vinton G. The Internet at Risk. *IEEE Internet Computing, [S.l.]*, v. 17, n. 2, p. 3 - 5, mar./abr., 2013. DOI:10.1109/MIC.2013.40. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6488668>. Acesso em: 15 set. 2021.

CHENOU, Jean-Marie; RADU, Roxana. Introduction. In RADU, Roxana; CHENOU, Jean-Marie, WEBER, Rolf H. (org). *The Evolution of Global Internet Governance: Principles and Policies in the Making*. Luxemburgo: Springer, 2014. p. 1 - 19. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-45299-4>. Acesso em: 6 set. 2021.

COLLINS, Richard. Internet governance in the UK. *Media Culture & Society*, Thousand Oaks, v. 28, n. 3, p. 337 - 358, maio 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0163443706061686>. DOI: <http://doi.org/10.1177/0163443706061686>. Acesso em: 10 jun. 2021.



COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (Genebra 2003 e Túnis 2005). *Cadernos CGI.br Referências*. 2014. Disponível em: [https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr\\_DocumentosCMSI.pdf](https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf).

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Sobre o CGI.Br. Disponível em: <https://cgi.br/sobre/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CHRISTOU, George; SIMPSON, Seamus. The European Union, multilateralism and the global governance of the Internet. *Journal of European Public Policy*, [S.l.], v. 18, n. 2, P. 241 - 257, mar. 2011.

COGBURN, D. L.; MUELLER, M.; MCKNIGHT, L.; KLEIN, H. MATHIASON, J. The U.S. role in global internet governance. *IEEE Communications Magazine*, [S.l.], v. 43, n. 12, P. 12 - 14, dez. 2005.

DENARDIS, Laura; HACKL, Andrea M. Internet control points as LGBT rights mediation. *Information, Communication & Society*, [S.l.], v. 19, n. 6, p. 753-770, jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/1369118x.2016.1153123>. Disponível em: <https://www.genderit.org/resources/internet-control-points-lgbt-rights-mediation>. Acesso em: 10 jun. 2021.

DRISSEL, David. Internet Governance in a Multipolar World: Challenging American Hegemony. *Cambridge Review of International Affairs*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 105 - 120, mar. 2006a.

DRISSEL, David. Contesting Internet governance: Global dissent and disparities in the management of cyberspace resources. In: 2ND INTERNATIONAL CONFERENCE ON ADVANCES IN EDUCATION, COMMERCE AND SOCIETY. Southampton, 2006. *WIT Transactions on Information and Communication Technologies*, Southampton, jun. 2006b.

DUTTON, William H.; PELTU, Malcolm. The emerging Internet Governance mosaic: connecting the pieces. *Information Polity*, [S.l.], v. 12, n. 1-2, p. 63 - 81, ago. 2007. DOI: 10.3233/ip-2007-0113. Disponível em: <https://content.iospress.com/articles/information-polity/ip000113>. Acesso em: 16 set. 2021.

EPSTEIN, Dmitry; KATZENBACH, Christian; MUSIANI, Francesca. Doing internet governance: practices, controversies, infrastructure, and institutions. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1 - 14, set., 2016. DOI: 10.14763/2016.3.435. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/doing-internet-governance-practices-controversies-infrastructures-and-institutions>. Acesso em: 15 set. 2021.

FRAUNDORFER, Markus. Brazil's Organization of the NETmundial Meeting: Moving Forward in Global Internet Governance. *Global Governance*, v. 23, p. 503, 2017.

GALVÃO, Maria C.; RICARTE, Ivan L. M. Revisão sistemática da literatura: conceituação, produção e publicação. *Logeion: Filosofia da Informação*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 57 - 73, set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21728/logcion.2019v6n1.p57-73>. Disponível em: <https://sites.usp.br/dms/wp-content/uploads/sites/575/2019/12/Revis%C3%A3o-Sistem%C3%A1tica-de-Literatura.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

GLEN, Carol M.. Internet Governance: territorializing cyberspace?. *Politics & Policy*, [S.l.], v. 42, n. 5, p. 635-657, out. 2014. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/polp.12093>. Acesso em: 15 set. 2021.

HARISTYA, Sherly. The efficacy of civil society in global internet governance. *Internet Histories*, [S.l.], v. 4, n. 3, P. 252 - 270, jul. 2020.

HAUGEN, Hans Morten. The crucial and contested global public good: principles and goals in global internet governance. *Internet Policy Review*, v. 9, n. 1, P. 1-22, 2020.

KNAHL, Martin H. A perspective and implications of internet governance, network neutrality and e-government. In: INTERNATIONAL CONFERENCE E-SOCIETY, 6, 2008, Algarve. Proceedings. *Proceedings of the International Conference e-Society*. Algarve: IADIS; 2018. p. 204 - 201. Disponível em: <http://www.iadisportal.org/e-society-2008-proceedings>. Acesso em: 15 set. 2021.

KNAHL, Martin H. An Analysis of Internet Deployment and Governance. In: International Conference on Web Information Systems and Technologies - Society, e-Business and e-Government, 3, 2007, Barcelona. *Proceedings of the Third International Conference on Web Information Systems and Technologies - Society, e-Business and e-Government*. Barcelona: INSTICC; 2007. p. 247 - 250. Disponível em: <https://www.scitepress.org/papers/2007/12844/12844.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

KURBALIJA, Jovan. Uma introdução à governança da internet. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: [https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr\\_Uma\\_Introducao\\_a\\_Governanca\\_da\\_Internet.pdf](https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

HOLMES, Pablo; ANASTÁCIO, Kimberly. Autoridade privada na governança da Internet: regimes de nomes e domínios na América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, 2020.

MUELLER, Milton. Is cybersecurity eating internet governance? Causes and consequences of alternative framings. *Digital Policy, Regulation and Governance*, v. 19, n. 6, p. 415 - 428, set. 2017. DOI: 10.1108/DPRG-05-2017-0025. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/DPRG-05-2017-0025/full/html>. Acesso em: 15 set. 2021.

MILAN, Stefania. TEN OEVER, Niels. Coding and Encoding Rights in Internet Infrastructure. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 1 - 17, jan., 2017. DOI: 10.14763/2017.1.442. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/coding-and-encoding-rights-internet-infrastructure>. Acesso em: 16 set. 2021.

MUSIANI, Francesca. WSIS+10: the self-praising feast of multistakeholderism in internet governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 1 - 7, abr., 2013a. DOI: 10.14763/2013.2.121. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/wsis10-self-praising-feast-multi-stakeholderism-internet-governance>. Acesso em: 14 jun. 2021.

MUSIANI, Francesca. Network architecture as internet governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 4, p. 1-9. Out. 2013b. DOI: <http://dx.doi.org/10.14763/2013.4.208>. Disponível em: <https://www.econstor.eu/handle/10419/213975>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MUSIANI, Francesca. Dangerous Liaisons? Governments, companies and Internet Governance. *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 1 - 7, fev., 2013c. DOI: 10.14763/2013.1.108. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/dangerous-liaisons-governments-companies-and-internet-governance>. Acesso em: 15 set. 2021.

MUSIANI, Francesca. Practice, Plurality, Performativity, and Plumbing: Internet Governance Research Meets Science and Technology Studies. *Science, Technology, & Human Values* [S.l.], v. 2, n. 2, p. 272 - 283, out., 2014. DOI: <https://doi.org/10.1177/0162243914553803>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0162243914553803>, Acesso em: 15 set. 2021.

NELSON, Michael R.. Let the internet be the internet. *Issues in Science and Technology*, [S.l.], v. 22, n. 3, p. 36-39, mar., 2006. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/43314219.pdf?refreqid=excelsior%3Ae90ff01472d03835481e5dbe2587fa2b>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Working Group on Internet Governance*. Bogis-Bossey; 2005. p. 1 - 24. (05.41622). Disponível em: <https://www.wgig.org/docs/WGI-GREPORT.pdf>.

PETERS, Michael A. et al. "Internet universality: human rights and principles for the internet. *Knowledge Cultures*, v. 2, n. 03, p. 15-28, 2014.

POSTEL, J. *Draft Specifications for Administration and Management of gTLDs*. Network Working Group, Internet Engineering Task Force, 1996.

RAYMOND, Mark; DENARDIS, Laura. Multistakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. *International Theory*, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 572-616, maio, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/s1752971915000081>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/multistakeholderism-anatomy-of-an-inchoate-global-institution/B69E6361B5965C98CFD400F75AA8DC53>. Acesso em: 10 jun. 2021.

RICKNELL, Emma. Freedom of Expression and Alternatives for Internet Governance Prospects and Pitfalls. *Media and Communication*, v. 8, n. 4, p. 110 - 120, out., 2020. DOI: 10.17645/mac.v8i4.3299. Disponível em: <https://www.cogitatiopress.com/mediaandcommunication/article/view/3299>. Acesso em: 16 set. 2021.

SHCHERBOVICH, Andrey A. Multistakeholder approach and human rights in Internet Governance. *Business Informatics*, v. 39, n. 1, p. 7 -13, 2017. DOI: 10.17323/1998-0663.2017.1.7.13. Disponível em: <https://bijournal.hse.ru/data/2017/08/30/1173954725/1.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

SYLVAN, David. Global Internet Governance: Governance without Governors. In RADU, Roxana; CHENOU, Jean-Marie, WEBER, Rolf H. (org). *The Evolution of Global Internet Governance: Principles and Policies in the Making*. Luxemburgo: Springer, 2014. p. 23 - 36. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-642-45299-4>. Acesso em: 6 set. 2021.

VAN EETEN, Michel J. G.; MUELLER; Milton. Where is the governance in Internet governance? *New Media & Society*, [S.l.], v. 15, n. 5, p. 720 - 736, ago., 2013. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444812462850>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1461444812462850>. Acesso em: 14 jun. 2021.

WAGNER, Flávio R. The internet governance ecosystem: Where we are and the path ahead. In: Brazilian Symposium on Multimedia and the Web, 22, 2016, Teresina. *WebMedia 2016 - Proceedings of the 22nd Brazilian Symposium on Multimedia and the Web*. Teresina: WebMedia, 2016. p. 5 - 6. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/2976796.2984747>. Acesso em: 21 ago. 2021





# A JURIDIFICAÇÃO REATIVA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

THE REACTIVE JURIDIFICATION OF WOMEN'S RIGHTS IN BRAZIL

CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO\* | TAYNÁ FERREIRA\*\*

## RESUMO

Os movimentos neoconservadores, que se expandiram na última década no Brasil, têm se utilizado do ordenamento jurídico para a defesa de seus interesses, amplamente contrários à diversidade sexual e de gênero, aos direitos sexuais e reprodutivos. Nesse sentido, o presente artigo propõe-se a debater como a ascensão do neoconservadorismo brasileiro e sua ofensiva referente ao gênero e sexualidade afetam, principalmente, a vida das mulheres. Portanto, questiona-se: como o neoconservadorismo afeta os direitos das mulheres, através dos ataques contra a diversidade de gênero e sexualidade, apropriando-se do aparato jurídico? Para tanto, subdividiu-se o artigo em três seções: abordar a ascensão do neoconservadorismo brasileiro e sua relação com o Direito; explicar as razões pelas quais as dissidências de gênero e sexualidade tem sido alvo reiterado dos neoconservadores; e, por fim, apresentar alguns dos efeitos do neoconservadorismo nos direitos das mulheres, rompendo com a premissa de que *todes* são iguais perante à lei. Trata-se de uma pesquisa eminentemente dedutiva, que parte das teorias para o mundo concreto, adequa-se à revisão narrativa de bibliografia. Para subsidiar os argumentos, usou-se da pesquisa bibliográfica, sejam elas crianças, adultas, brancas, pretas, o brasileiro, contrários às pautas de diversidade, dos direitos sexuais e reprodutivos estão sob constante ataque.

**Palavras-chave:** neoconservadorismo; direitos das mulheres; juridificação reativa; gênero; sexualidade.

## ABSTRACT

The neoconservative movements, which expanded in the last decade in Brazil, have used the legal system to defend their interests, which are largely contrary to sexual and gender diversity, sexual and reproductive rights. This article proposes to discuss how the rise of Brazilian neoconservatism and its offensive regarding gender and sexuality affect, mainly, women's lives. Therefore, the question is: how does neoconservatism affect women's rights, through massive offensives against gender and sexuality diversity, by appropriating the legal apparatus? To do so, the article was divided into three sections: addressing the rise of Brazilian neoconservatism and its relationship with the law; explain the reasons why gender and sexuality dissidence has been a repeated target of neoconservatives; and, finally, to present some of the effects of neoconservatism on women's rights, breaking with the premise that everyone is equal before the law. It is an eminently deductive research, which starts from theories going to the concrete world, fitting as a narrative review of bibliography. To support the arguments, it was elected the bibliographic research, to demonstrate that whether children, adults, whites, blacks, women's lives in Brazil contrary to the guidelines of diversity, sexual and reproductive rights are under permanent attacks.

**Keywords:** neoconservatism; women's rights; reactive juridification; gender; sexuality.

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor Adjunto da UFSC. Advogado.  
*clarindoneto@gmail.com*

\*\* Mestranda em Direito pela UFSC. Pós-graduanda em Direito Digital e Compliance pela Damásio Educacional. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Advogada. Bolsista PROEX-CAPES.  
*tayna.fe@live.com*

Recebido em 02-12-2021 | Aprovado em 08-02-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1. BREVES NOTAS SOBRE O NEOCONSERVADORISMO BRASILEIRO; 2. GÊNERO E SEXUALIDADE: IDEAIS E PROIBIÇÕES; 3. UM OLHAR SOB A VIDA DAS MULHERES; CONCLUSÃO**

### ■ INTRODUÇÃO

Os movimentos neoconservadores no Brasil tomaram uma nova proporção, bem como seu *modus operandi* tem se reconfigurado, de forma que não há como determinar uma causa exclusiva e isolada acerca de sua expansão nos últimos dez anos, com destaque para a ocupação em cargos relevantes nas estruturas de poder do Estado.

Não obstante, é possível observar que, dentre as bandeiras levantadas pelos neoconservadores, gênero e sexualidade parecem ganhar especial interesse, de forma que àqueles que agem de maneira dissidente sofrem ataques, tornam-se mais subalternizados. Cabe argumentar que os direitos das mulheres têm sido alvos das ofensivas: o direito ao aborto, a união homoafetiva, as diferentes manifestações da sexualidade e de gênero ocuparam a posição de inimigo do neoconservadorismo.

Nesse sentido, após a eleição de Jair Messias Bolsonaro para a presidência da república em 2018, os discursos pejorativos relacionados à comunidade LGBTQIA+ e aos movimentos feministas, por exemplo, se intensificaram, considerando que o atual presidente se alinha àquilo que se chama “defesa da moral e dos bons costumes” e “da família tradicional brasileira”.

Por outro lado, nota-se que os neoconservadores não permaneceram restritos aos templos religiosos ou suas próprias comunidades, mas sim ocupam espaços importantes em cargos na estrutura do Estado, apropriam-se da instrumentalização do Direito, nos moldes da juridificação reativa, para reinterpretar direitos já consagrados pela legislação e jurisprudência.

Questiona-se, de antemão, o que está de fato constitui objeto de defesa desse grupo: sua insistência em estabelecer uma ordem moral de gênero e sexualidade tenta presumir a naturalidade das relações entre homens e mulheres, reforçando o apego à essencialidade e divisão: homens e mulheres transitam por locais distintos, seus atos são legitimados de acordo com a manutenção dessa ordem “natural”, vinculada, muitas vezes, às crenças religiosas.

É cediço afirmar que a reinterpretação do Direito somada aos dogmas religiosos inviabiliza o avanço dos direitos das mulheres quanto à autonomia sobre o próprio corpo: casar, ter filhos, direito ao aborto legal e seguro, outras expressões da sexualidade e gênero sem a lente da moralidade.

Portanto, o presente artigo pretende debater, ainda que não esgote, como o neoconservadorismo afeta os direitos das mulheres, através dos ataques contra a diversidade de gênero e sexualidade, por intermédio do aparato jurídico? Utiliza-se como bases teóricas autoras(es) que se dedicaram aos estudos do neoconservadorismo brasileiro, gênero, sexualidade

e suas formas de controle. Inicia-se com uma parte mais abstrata e teórica, seguindo para a concretude, aproveitando-se da pesquisa bibliográfica para embasar os argumentos.

## 1 BREVES NOTAS SOBRE O MOVIMENTO NEOCONSERVADOR BRASILEIRO

O estado democrático de direito brasileiro tem sofrido incisivos ataques dos neoconservadores, perpassando diversas estruturas de poder, suas fontes são as mais variadas, desde discursos em plataformas digitais<sup>1</sup> à grupos organizados e armados<sup>2</sup>). Ainda assim, partem de uma base comum de crenças: compartilham da ofensiva antigênero, contrária aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como a defesa de valores que se alinham ao conservadorismo<sup>3</sup>.

Sucessivamente, ocupar espaços para além dos templos religiosos se tornou uma estratégia recorrente, criando disputas sobre direitos que, a princípio, tinham respaldo pela legislação e/ou por decisões dos tribunais superiores. Mas o que se sabe, de fato, acerca daqueles que estão nos locais de poder e que podem decidir por milhões de cidadãos? Como apontam Biroli, Vaggione e Machado<sup>4</sup>, os neoconservadores tem adesão de católicos, pentecostais e neopentecostais, por exemplo.

---

<sup>1</sup> FILHO, João. Quem são os youtubers recomendados por Jair Bolsonaro, *The Intercept*, 18 nov. 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/11/17/youtubers-bolsonaro-nando-moura-diego-rox-bernardo-kuster-fake-news/>. Acesso em: 8 fev. 2021.

<sup>2</sup> Vide o grupo 300 do Brasil, encabeçado pela conservadora Sara Geromini, responsável pelos movimentos antidemocráticos.

<sup>3</sup> BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 23-25.

<sup>4</sup> Idem, 2020, p. 76-77.

As premissas encampadas pelos neoconservadores, o uso distorcido da defesa da vida, da família, dos papéis sociais de homens e mulheres em sociedade, engloba, inclusive, a negação ao direito ao aborto, o reconhecimento da união homoafetiva<sup>5</sup> e mesmo das identidades de gênero<sup>6</sup>.

Como ressaltam os autores, reapropriar-se de direitos já garantidos, reinterpretá-los conforme um conjunto específico de crenças, é parte integrante da tática dos neoconservadores, de forma que:

Essa apropriação do discurso dos direitos humanos foi observada também no debate sobre a legalização do aborto na Argentina em 2018 e 2019, quando setores opostos à reforma legal abreviaram as normas internacionais para afirmar que os direitos humanos protegem a vida desde a concepção. A tendência a traduzir suas posições morais em termos de direito não se limita aos católicos. Os pentecostais, que se tornaram hegemônicos no campo evangélico da América Latina, também têm usado a gramática dos direitos humanos para defender a liberdade de crença, as prerrogativas das instituições religiosas e, em algumas sociedades, a inserção dos princípios morais cristãos nos quadros constitucionais<sup>7</sup>.

No Brasil, pode-se apontar como um dos defensores dessa agenda neoconservadora é o atual presidente da república, Jair Messias Bolsonaro, eleito em 2018, cuja campanha foi marcada pela disseminação de notícias falsas, discursos de ódio contra minorias sociais, que culminou na propaganda sobre a distribuição de “*kit gay*” às crianças da rede básica de ensino<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, do Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 13 dez. 2020. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEÇER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA [...] Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

<sup>6</sup> Op. cit., 2020, p. 135-137.

<sup>7</sup> Idem, 2020, p. 31.

<sup>8</sup> AZEVEDO, Mauri de Castro; LIMA, Marcus Antônio Assis. *Fake news e pós-verdade na construção do Neoconservadorismo no Brasil pós-2013 e os efeitos nas eleições de 2018. Letrônica*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, abr.-jun. 2020. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/letronica/article/view/35546>. Acesso em: 9 fev. 2021, p. 5.

Para exemplificar melhor a forma de atuação de Jair Bolsonaro, tem-se que entre 2011 e 2017, Bolsonaro mencionou o termo “ideologia de gênero” – bastante comum para se referir à diversidade sexual e de gênero pejorativamente – ao menos 63 vezes na Câmara dos Deputados; em 2012, Bolsonaro havia acusado Fernando Haddad de ser “pai do kit gay”<sup>9</sup>.

Noutra situação, ocorrida em agosto de 2020, um grupo de conservadores religiosos causou confusão em frente a um hospital para impedir a entrada dos profissionais responsáveis por um procedimento de aborto legal, que seria realizado em uma menina de dez anos de idade, vítima de crime sexual. O ato foi promovido por Sara Geromini, integrante de movimentos de extrema-direita, que divulgou ilegalmente os dados da criança, tendo a “manifestante” solicitado ao grupo que “rezassem e colocassem os joelhos no chão”<sup>10</sup>.

Um ponto relevante acerca dos discursos defendidos pelos neoconservadores precisa ser mencionado: sua bandeira é reiteradamente propagada enquanto liberdade de expressão, não obstante, trata-se, em verdade, de colocar sob o manto do direito constitucionalmente garantido a possibilidade de professar o discurso de ódio.<sup>11</sup>

Nesse sentido, esclarece-se que, mesmo com a separação entre Estado e Igreja, ainda assim não houve a retirada completa do segundo em relação ao primeiro, e dentro do contexto Latino Americano “o impacto político e cultural da Igreja católica também implicou a universalização da moral católica sob o manto secular”, significando que o direito secular pudesse agir como protetor dos dogmas católicos<sup>12</sup>.

Dessa maneira, políticos, advogados e juristas confessionais – regra geral – os quais se identificam com as crenças religiosas e as transmutam para a vida prática, fazem uso do litígio estratégico, trazendo fundamentações nas doutrinas religiosas e as alinhando ao direito posto<sup>13</sup>. A influência de juristas que, no papel de docentes, é significativa, uma vez que:

Esses professores têm destacada atividade, portanto, na construção e na difusão de argumentos contrários aos direitos sexuais e reprodutivos, baseados no direito privado (particularmente no direito de família), no direito público ou na renaturalização dos direitos humanos. Existe, desse modo, um processo de relegitimação de interpretações restritivas do direito, que se difunde por meio do ensino legal e de seu efeito na doutrina e na jurisprudência<sup>14</sup>.

Na perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos, dos movimentos feministas e LGBTQI+, o uso do direito penal se mostra como aliado, na criminalização do aborto, restrições a

<sup>9</sup> CORREA, Sonia; KALIL, Isabela. *Políticas antigênero em américa latina: Brasil – ¿LA CATÁSTROFE PERFECTA?* Observatório de Sexualidade e Política. Associação Brasileira Interdisciplinar de SIDA: Rio de Janeiro, 2020, p. 23.

<sup>10</sup> REZENDE, Lucas. Juiz manda tirar do ar posts de Sara Winter sobre menina que sofreu estupro, *Uol*, Vitória, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/08/17/juiz-manda-redes-sociais-tirarem-do-ar-dados-da-crianca-que-sofreu-aborto.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>11</sup> AZEVEDO, Mauri de Castro; LIMA, Marcus Antônio Assis. *Fake news e pós-verdade na construção do Neoconservadorismo no Brasil pós-2013 e os efeitos nas eleições de 2018*. *Letrônica*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, abr.-jun. 2020. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/letronica/article/view/35546>. Acesso em: 9 fev. 2021, p. 9.

<sup>12</sup> BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 45-46.

<sup>13</sup> Idem, 2020, p. 64.

<sup>14</sup> Ibidem, 2020, p. 67.

sua prática, mesmo em casos já respaldados legalmente, a manutenção de institutos penalizantes, vide o adultério<sup>15</sup>.

Introduz-se aqui o conceito de *juridificação* reativa, a qual Vaggione<sup>16</sup> salienta que busca seus fundamentos em concepções essencialistas, da ideia de complementariedade entre homens e mulheres, seu caráter reducionista ao legitimar a existência de somente dois gêneros, diretamente ligados aos sexos biológicos. Considerando o interesse concentrado às expressões de gênero, sexualidade seus direitos decorrentes, cabível uma breve análise do cenário brasileiro.

## 2 GÊNERO E SEXUALIDADE: IDEAIS E PROIBIÇÕES

A Constituição da República Federativa de 1988 erige em seu art. 5º, *caput*<sup>17</sup>, que todos são iguais perante a lei, entretanto a par do que já foi mencionado no tópico anterior, denota-se que há uma incoerência entre o que determina a lei e o que é praticado, uma vez que o ordenamento jurídico foi criado e pensado por indivíduos específicos: homens, brancos, burgueses, heterossexuais<sup>18</sup>.

Questiona-se, por outro lado, como a pluralidade de vivências pode ser abarcada e ter seus direitos efetivados, se a ascensão aos espaços de poder está limitada a pessoas com determinadas características – como as acima mencionadas? Pesquisas e estudos de bases feministas têm buscado explicar os meios pelos quais os direitos das mulheres - para citar apenas uma das minorias sociais - foram negligenciados, suas vivências e histórias colocadas em segundo plano<sup>19</sup>.

Em um estudo feito por Gonçalves<sup>20</sup>, a autora procurou compreender a compatibilidade das normas do ordenamento jurídico brasileiro pós-1988 a partir de perspectivas decoloniais<sup>21</sup>, considerando o contexto social-econômico neoliberal, valendo-se de um recorte de marcadores sociais como gênero, raça, classe, sexualidade e identidade de gênero.

<sup>15</sup> Ibid., 2020, p. 49; p. 69.

<sup>16</sup> Ibid., 2020, p. 47-48

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 dez. 2020.

<sup>18</sup> SATTTLER, Janyne. *Epistemologia feminista*. Disponível em: <https://cpgd.paginas.ufsc.br/files/2019/05/Epistemologia-Feminista-texto-para-leitura-pr%C3%A9via.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2020, p. 1-2.

<sup>19</sup> Idem, 2019, p. 2.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Juliana Alice Fernandes. *As legislações referentes às mulheres pós-constituição federal de 1988: Da crítica feminista decolonial diante da nova racionalidade neoliberal*. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito (Florianópolis) da Universidade Federal de Santa Catarina, apresentada em 27 fev. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/204572>. Acesso em: 1º dez. 2020, p. 15.

<sup>21</sup> A decolonialidade é romper com a lógica de exploração e subalternidade dos saberes, no sentido de contra-atacar a premissa de que aqueles que estão no Sul Global, nos países ditos “periféricos”, não possuem condições de produzirem conhecimento, a decolonialidade permite que aquelas vozes – que por muito tempo foram silenciadas – adotem a postura ativa, enquanto sujeito, não objeto, com capacidade de contar e produzir sua própria história. GONÇALVES, Juliana Alice Fernandes. *As legislações referentes às mulheres pós-constituição federal de 1988: Da crítica feminista decolonial diante da nova racionalidade neoliberal*. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito (Florianópolis) da Universidade Federal de Santa Catarina, apresentada em

Nesse diapasão, a partir dos marcadores selecionados, Gonçalves concluiu que a categoria mais invisibilizada nas legislações foi a de sexualidade e, referenciando a legislação penal, observa-se que<sup>22</sup>:

O nosso Código Penal pouco faz referência às categorias levantadas neste trabalho, pelo contrário. Levando em conta que nosso recorte temporal de pesquisa é o de 1988-2018, algumas questões discutidas anteriormente nesta legislação ficaram de fora. Questões estas que evidenciam fortemente o machismo presente neste ramo do direito, portanto, na estrutura jurídica. Como por exemplo a expressão “mulher honesta” que perdurou até 2005. A ideia de que apenas as mulheres “honestas” ou virgens deveriam ser protegidas pelo Estado. Quem são essas mulheres? A clássica abertura para discricionariedade dos julgadores. Outro fator também é o do controle da sexualidade das mulheres. Trata-se de um fato passível de estudos, que já foram realizados, e que provavelmente ainda o serão<sup>23</sup>.

Denota-se, portanto, que a premissa constitucional de “todos são iguais perante a lei” não corresponde à realidade, basta questionar analogicamente que no Código Penal não há qualquer menção ao controle da sexualidade masculina através do adjetivo “honesto”<sup>24</sup>. Ressalte-se que a legislação penal não foi a única a dar tratamento diferenciado às mulheres, o Código Civil de 1916, que permaneceu em vigor até o início dos anos 2000, compreendia que as mulheres eram relativamente incapazes, subjugando a prática de atos da vida civil à anuência masculina<sup>25</sup>.

Na senda constitucional e a legislação dela decorrente<sup>26</sup> apontou-se para o fato de que a sexualidade das mulheres foi um marcador social negligenciado, quase nunca mencionado, reflexo não somente da invisibilização das vivências das mulheres, mas também da adesão a valores morais e culturais que estabelecem critérios para as formas aceitas de expressão da sexualidade<sup>27</sup>.

Michel Foucault explorou em *A História da Sexualidade* os mecanismos de controle sobre a sexualidade: dividido entre o lícito e ilícito, permitido e proibido, em todos os níveis e instituições, permeando a estrutura do Estado e Família, atuando, até mesmo, pela lei<sup>28</sup>. Assim sendo, o poder sobre o sexo:

[...] se exerceria do mesmo modo em todos os níveis. De alto a baixo, tanto em suas decisões globais como em suas intervenções capilares, não importando os aparelhos ou instituições em que se apoie, agiria de maneira uniforme e maciça; funcionaria

27 fev. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/204572>. Acesso em: 1º dez. 2020, p. 133.

<sup>22</sup> Ibidem, 2019, p. 159.

<sup>23</sup> Ibid., 2019, p. 149.

<sup>24</sup> Ibid., 2019, p. 149.

<sup>25</sup> Ibid., 2019, p. 88-89.

<sup>26</sup> Ibid., 2019, p. 159.

<sup>27</sup> AGNOLETI, Michelle Barbosa. O estupro legalizado e o casamento forçado como afastamento da tipificação de conduta. In: *Manual Jurídico Feminista*. FERRAZ, Carolina Valença (org.). PONTES, Ana Carolina Amaral de *et al.* Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019, p. 343-347.

<sup>28</sup> FOUCAULT, Michel. *A História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Cosa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 91.

de acordo com as engrenagens simples e infinitamente reproduzidas da lei, da interdição e da censura: do Estado à família, do príncipe ao pai, do tribunal à quinquilharia das punições cotidianas, das instâncias de dominação social às estruturas constitutivas do próprio sujeito, encontrar-se-ia, em escalas diferentes apenas, uma forma geral de poder. Essa forma é o direito, com o jogo entre o lícito e o ilícito, a transgressão e o castigo<sup>29</sup>.

O corpo e a sexualidade da mulher, a partir dessas estruturas de poder, passará por diversas análises, dotadas de um saber científico médico que transformará corpo e sexualidade numa composição patológica, a fim de que toda uma ordem seja mantida e assegurada - em seu caráter reprodutivo, familiar<sup>30</sup> e enquanto mãe<sup>31</sup>.

Não é por acaso que a família<sup>32</sup> se configura como um dos espaços onde a sexualidade da mulher é vigiada: entre as esferas público e privada compete ao homem, enquanto sujeito político, o mundo da razão, da vida pública e dos negócios; à mulher reserva-se o ambiente privado, da casa, das tarefas do lar, recorrendo-se a uma concepção essencialista que enxerga como intrínseco e natural que ela - a mulher - permaneça em casa, cuide dos filhos e do marido<sup>33</sup>.

Tais códigos de conduta permeiam a vida de mulheres e homens, e percebe-se que o ordenamento jurídico carece de termos mais abrangentes, que não reduzam as vivências dentro da lógica binária - dado que esse tipo de discurso, além de excluir outras formas de expressão da sexualidade, pode fomentar a perpetuação de violências que se manifestam institucionalmente - como a única a ser seguida ou adotada enquanto verdadeira<sup>34</sup>.

Enfatiza-se que a ascensão do neoconservadorismo à moralização do Estado, da ampliação da esfera privada protegida - compreendida como a família - que procuram reafirmar a essencialidade do gênero e seus papéis decorrentes são invocados para subsidiarem uma "resposta" ao "declínio moral" que estaria ocorrendo: vê-se a dissidência sexual e de gênero como afronta a uma idealização de condutas legítimas e morais<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Idem, 2018, p. 92-93.

<sup>30</sup> Ibidem, 2018, p. 113.

<sup>31</sup> Foucault aborda, em outras passagens, esse processo que inferioriza as mulheres e as restringe no ambiente familiar, no livro *O Nascimento da Biopolítica*, aula do dia 21 de março de 1979, ao trabalhar com as teorias de capital humano no neoliberalismo, aponta para o fato de que a "renda" resultante de todo "investimento" feito pela mãe ao criar um filho/uma filha será a renda psíquica, a satisfação de ver que seus cuidados foram bem sucedidos. FOUCAULT, Michel. Aula de 21 de março de 1979. In: *O Nascimento da Biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 334-335.

<sup>32</sup> A família tem ganhado um posto de significativa relevância na defesa de pautas conservadoras e que pregam por uma certa ordem de gênero e sexualidade, numa pesquisa realizada pela Gênero e Número, ao analisar os discursos de Jair Bolsonaro enquanto representante na Câmara dos Deputados, a palavra "família" foi utilizada 73 (setenta e três) vezes pelo deputado. CORREA, Sonia; KALIL, Isabela. *Políticas antigênero em américa latina: Brasil - ¿LA CATÁSTROFE PERFECTA?* Observatório de Sexualidade e Política. Associação Brasileira Interdisciplinar de SIDA: Rio de Janeiro, 2020, p. 24.

<sup>33</sup> LOBO, Barbara Natália Lages. *Sexo, trabalho, direito e reconhecimento: a igualdade de existência das mulheres trabalhadoras sexuais*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte), 28 nov. 2017. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_LoboBNL\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LoboBNL_1.pdf). Acesso em: 5 dez. 2020, p. 52.

<sup>34</sup> BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, 136-137.

<sup>35</sup> Idem, 2020, p. 148-149.



Compreendendo-se as disputas acerca de gênero e sexualidade, da vigilância feita em relação aos dissidentes, e como isso determina o acesso aos direitos, imperativo que se façam algumas considerações dos efeitos causados pela ascensão neoconservadora no Brasil, correlacionando com o papel desempenhado pelo Direito.

### 3 UM OLHAR SOB A VIDA DAS MULHERES

Na perspectiva dos neoconservadores, tratar sobre direitos vinculados ao gênero e à sexualidade, sem influir de pressupostos morais, políticas públicas de saúde voltadas para as mulheres, respeito às múltiplas identidades de gênero, etc., é implementar uma cultura de morte: decidir não somente quem vive, mas determinar quem morre<sup>36</sup>.

Para que se entenda a estrutura pela qual opera a *necropolítica*, importante mencionar que as violências podem ser sofridas nos mais variados níveis, tendo em vista que as características que permeiam, de forma única, a vida de cada mulher. Isso significa que, a multiplicidade de consequências e/ou oportunidades acerca do próprio corpo dependerá de como essas características atravessam as mulheres<sup>37</sup>.

Adotando-se como referencial a ideia da interseccionalidade, desenvolvida por Kimberlé Crenshaw, essa, por sua vez permite visualizar as diversas matrizes que perpassam a vida dos sujeitos nos escopos de privilégio/discriminação e sua posição relacional, bem como as intersecções decorrentes. Em síntese: é necessário abarcar características de raça, gênero, classe, sexualidade, etc., para ter uma real noção de como operam as violências<sup>38</sup>.

Rememorando-se os argumentos levantados no item anterior, tem-se que a divisão sexual do trabalho orienta os locais de pertencimento de mulheres e homens a duas esferas distintas: para eles a produção, um suposto espaço público, colocados em funções reconhecidas pela sociedade; para elas, o trabalho doméstico, a reprodução, o cuidado com a família e filhos<sup>39</sup>.

Todavia, a dinâmica capitalista não permite que elas fiquem encerradas no contexto da casa, e, além do trabalho afetivo<sup>40</sup> não remunerado, precisam se inserir no mercado de

<sup>36</sup> Ibidem, 2020, p. 52-53.

<sup>37</sup> CISNE, Mirla; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de; CASTRO, Viviane Vaz. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, nov. 2018. ISSN 1982-0259. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/1982-02592018v21n3p452/37960>. Acesso em: 21 set. 2020, p. 453.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, João Manual de. *Desobediências de gênero*. Salvador: Devires, 2017, p. 27-28.

<sup>39</sup> Op. cit., 2018, p. 453-454.

<sup>40</sup> Acerca da noção de trabalho afetivo, que não será aprofundada aqui, adota-se a compreensão oferecida por FEDERICI, Silvia. Sobre o Trabalho Afetivo in: *O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019. p. 324-353. “O trabalho afetivo se refere ao caráter interativo do trabalho, à sua capacidade de promover fluxos de comunicação, sendo polivalente com relação às atividades associadas a ele.” O afeto, nesse caso, vai além do seu entendimento no campo filosófico, transpondo-se para o econômico e político, no qual a afetividade, dentro da lógica capitalista contemporânea, pode ser utilizada enquanto componente de trabalho. Ainda assim, recaem sobre as mulheres as funções do trabalho afetivo (as próprias subjetividades são usadas, no campo dos serviços, como parte integrante do trabalho desenvolvido) e, como é possível verificar na obra de Federici, a dimensão do trabalho reprodutivo. A

trabalho, em condições já precárias, encontrando no mercado informal a única saída, subordinando-as a ausência completa de direitos<sup>41</sup>.

Procedendo-se a uma comparação, o que ocorre é uma espécie de terceirização das formas de trabalho, as quais:

Além de diminuir o provimento público de bem-estar social e recrutar as mulheres para a força de trabalho assalariada, o capitalismo financeirizado tem reduzido os salários reais, elevando, assim, o número de horas de trabalho pago que, por domicílio, são necessárias para manter uma família, bem como provocando uma corrida desesperada para transferir o trabalho de cuidado para outrem (Warren, Tyagi, 2003). A fim de preencher a “lacuna de cuidado”, o regime importa trabalhadores emigrantes dos países mais pobres para os mais ricos. De modo típico, são mulheres racializadas, amiúde camponesas e de regiões pobres que assumem o trabalho de cuidado e reprodutivo que, antes, era desempenhado por mulheres mais privilegiadas. Mas, para fazer isso, as emigrantes devem transferir suas próprias responsabilidades familiares e comunitárias para outras cuidadoras ainda mais pobres, que devem, por sua vez, fazer o mesmo – e assim por diante, em “cadeias globais de cuidado” cada vez mais compridas. Longe de preencher a lacuna de cuidado, o resultado é o deslocamento dessa lacuna – das famílias mais ricas para as mais pobres, do Norte Global para o Sul Global (Hochschild, 2002, p. 15-30; Young, 2001)<sup>42</sup>.

Em outras palavras, além de terem as condições materiais necessárias inviabilizadas pelo capitalismo, bem como da sobrecarga causada pelas tarefas domésticas, são mulheres com marcadores sociais específicos que deixam as suas casas para prestarem serviços de cuidado a outras famílias – privilegiadas –, ciclo esse que vai tornando-se vicioso e expansivo<sup>43</sup>.

Nessa perspectiva, a precariedade – quando não total falta – de direitos e políticas públicas assistencialistas<sup>44</sup> constituem uma parcela da conjuntura complexa que é tratar de direitos decorrentes das expressões de gênero e sexualidades das mulheres, conecta-se, a partir de então, aquilo que Achille Mbembe denominou de necropolítica<sup>45</sup>.

Em primeiro lugar, tem-se em mente a possibilidade de dispor sobre o próprio corpo faz uma ponte (in)direta com o conceito de soberania trazido por Mbembe<sup>46</sup>. De acordo com este autor, o poder decisório exercido sobre a morte e definição da vida, como manifestação

parcela não remunerada, pressuposta como característica natural da mulher, sustenta um – senão mais – pesado pilar do capitalismo atual.

<sup>41</sup> CISNE, Mirla; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de; CASTRO, Viviane Vaz. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, nov. 2018. ISSN 1982-0259. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/1982-02592018v21n3p452/37960>. Acesso em: 21 set. 2020, p. 454.

<sup>42</sup> Hochschild; Young *apud* FRASER, Nancy; SOUSA FILHO, José Ivan Rodrigues de. Contradições entre capital e cuidado. *Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)*, v. 27, n. 53, p. 261-288, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/16876>. Acesso em: 13 dez. 2020, p. 279-280.

<sup>43</sup> Idem, 2020, p. 279-280.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Cerca de 25 milhões de abortos não seguros ocorrem a cada ano em todo o mundo*. 28 set. 2017, Brasília. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5508:cerca-de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&Itemid=820](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5508:cerca-de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&Itemid=820). Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>45</sup> Mbembe, Achille. *Necropolítica*. *Arte e Ensaios - Revista do ppgav/eba/ufrrj*, Rio de Janeiro, v. 32, ano 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em: 05. dez. 2020.

<sup>46</sup> Idem, 2016, p. 5.

desse mesmo poder, entende-se enquanto uma “expressão máxima da soberania [...] Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais.”<sup>47</sup>

No tocante aos direitos reprodutivos as complicações não terminam, observando-se a pesquisa de Cardoso, Vieira e Saraceni<sup>48</sup>, sobre os dados existentes à prática do aborto (legal/ilegal/motivo desconhecido/espontâneo), índices de morte e o perfil das mulheres, obteve-se à seguinte conclusão quanto ao perfil: em sua maioria são mulheres pretas e de baixa escolaridade.

Como resultante da reiterada pressão política contrária ao aborto, esse é colocado à prova: lembre-se o caso de uma criança que, após sofrer abuso sexual, engravidou, e quando da feitura do aborto legal, teve seus dados divulgados por terceiros, acerca do local onde faria o procedimento. Grupos neoconservadores religiosos contrários ao aborto legal se colocaram em frente ao hospital, causando tumulto, além de tentar impedir a o procedimento abortivo<sup>49</sup>.

Menciona-se que tal acontecimento foi caótico e, no mínimo, cruel; cabe frisar que o Estado Brasileiro é laico, logo, questiona-se a legitimidade de uma manifestação dessa envergadura, corroborando com o expôs-se no primeiro item acerca da consolidação dos movimentos neoconservadores pautados por crenças religiosas e suas articulações com as estruturas de poder<sup>50</sup>.

Nesse sentido, apresenta-se o caso de Janaína, mulher negra que foi submetida a esterilização compulsória após ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. O representante do *parquet* aduziu que Janaína era dependente química e, portanto, não tinha condições de criar seus filhos ou mesmo decidir acerca do procedimento. Após recorrer da determinação de primeiro grau que autorizou a esterilização, o acórdão sobreveio após três meses, momento em que não seria possível a reversão médica<sup>51</sup>.

Em outro exemplo da ofensiva contra os direitos das mulheres, traz-se a situação vivenciada por Debora Diniz, antropóloga e pesquisadora, que sofreu, mais uma vez, ameaças – inclusive de morte, bem como toda forma de xingamento - após uma publicação na rede social Instagram. A escrita da pesquisadora foi distorcida para levar o leitor ou leitora a entender que Diniz havia acusado o presidente Jair Bolsonaro de “perseguição a pedófilos”<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Ibidem, 2016, p. 5.

<sup>48</sup> CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020001305001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 21 set. 2020, p. 10.

<sup>49</sup> REZENDE, Lucas. Juiz manda tirar do ar posts de Sara Winter sobre menina que sofreu estupro, *Uol*, Vitória, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/08/17/juiz-manda-redes-sociais-tirarem-do-ar-dados-da-crianca-que-sofreu-aborto.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>50</sup> BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 147-149.

<sup>51</sup> CRUZ, Maria Teresa. Ponte, *El País Brasil*, 14 jun. 2020. Como um promotor e um juiz do interior de SP esterilizaram uma mulher à força. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/12/politica/1528827824\\_974196.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/12/politica/1528827824_974196.html). Acesso em: 13 dez. 2020.

<sup>52</sup> ALESSI, Gil. *El País*, São Paulo, 8 fev. 2021. A nova armação das redes bolsonaristas para insuflar o ódio contra Debora Diniz. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-08/a-nova-armacao-das-redes-bolsonaristas-para-insuflar-o-odio-contra-debora-diniz.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.

Em verdade, Diniz alertava para o fato de que o atual governo opera na lógica do medo, incita o pânico – seja real ou não – a fim de justificar suas atitudes autoritárias, sem esquecer da “única” solução: flexibilização do porte de arma<sup>53</sup>.

Ainda, de acordo com matéria publicada pelo jornal eletrônico *The Intercept Brasil*<sup>54</sup>, tomou-se conhecimento do nível de tratamento ao qual a mulher pode ser submetida, mesmo que seja vítima. Do trecho disponibilizado da audiência de instrução e julgamento do caso em que Mariana Ferrer é vítima – estupro de vulnerável -, extrai-se de uma das falas:

Tanto a virgindade dela quanto a sua manifestação nas redes sociais foram usadas pelo advogado do empresário, que alega que ela manipulou os fatos. ‘Tu vive disso? Esse é teu criadouro, né, Mariana, a verdade é essa, né? É teu ganha pão a desgraça dos outros? Manipular essa história de virgem?’, disse Cláudio Gastão durante a audiência de instrução e julgamento.<sup>55</sup>

Embora seja sustentado que o Direito imprime um discurso imparcial e objetivo, completamente fora do aspecto político, é possível denotar que isso não corresponde à realidade<sup>56</sup>.

De todo o exposto, diferentemente do que é preconizado nos textos legais, vide a própria CRFB/1988, a garantia fundamental de igualdade está distante de sua aplicação a *todes*, ainda que, no campo teórico existam teorias em sentido afirmativo de que homens e mulheres são livres e iguais, dotados de autoconhecimento, autoconsciência e autorrepresentação<sup>57</sup>.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do debate aqui feito, e que está longe de ser exaurido nestas breves páginas, buscou-se tornar mais compreensível o que está em jogo: não se trata da defesa da família, nem da moral e dos bons costumes, mas sim um modo específico de vida, que invariavelmente não comporta *todes*.

O neoconservadorismo também não é fenômeno recente, uma vez que sua presença tem sido notada, ao menos, nos últimos dez anos, mas que se cristalizou com a eleição de Jair Messias Bolsonaro, nas eleições presidenciais de 2018. Sua empreitada em desfavor daqueles que estão desalinhados à ordem moral iniciou antes mesmo de sua posse, já se falava em

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> ALVES, Schirlei. *The Intercept Brasil*, 3 nov. 2020. Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com sentença inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> SATTNER, Janyne. *Epistemologia feminista*. Disponível em: <https://cpgd.paginas.ufsc.br/files/2019/05/Epistemologia-Feminista-texto-para-leitura-pr%C3%A9via.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2020, p. 5-6.

<sup>57</sup> Mbembe, Achille. *Necropolítica. Arte e Ensaio - Revista do ppgav/eba/ufrrj*, Rio de Janeiro, v. 32, ano 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em: 05. dez. 2020, p. 9.

“ideologia de gênero” e “kit gay”, perpetuando discursos pejorativos contra a comunidade LGBTQIA+, aos movimentos feministas.

Além da massiva participação política, ingresso em cargos de poder na estrutura do Estado, os neoconservadores adotaram mais uma estratégia: utilizar do aparato jurídico para reinterpretar as leis e afrontar, inclusive, decisões dos tribunais superiores. A esse método, deu-se o nome de *juridificação reativa*, que supera a mera ideia de instrumentalizar o Direito.

O elemento religioso deve ser levado em consideração, embora existam diferenças entre os grupos – católicos, pentecostais e neopentecostais –, verifica-se a presença de uma força em comum quando se trata das ofensivas contra gênero, sexualidade, direitos sexuais e reprodutivos, por exemplo.

Nesse sentido, a interpretação restritiva das normas jurídicas por juristas neoconservadores – ligados, portanto, a grupos religiosos – mostra como a juridificação reativa tem operado, onde o Direito é campo de tensionamentos e disputas narrativas – e, na realidade, o que se constata é o empreendimento de uma cultura da morte: sem acesso aos direitos básicos, mulheres são silenciadas, invisibilizadas e mortas

## REFERÊNCIAS

AGNOLETI, Michelle Barbosa. O estupro legalizado e o casamento forçado como afastamento da tipificação de conduta. In: *Manual Jurídico Feminista*. FERRAZ, Carolina Valença (org.). PONTES, Ana Carolina Amaral de et al. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019, p. 343-347

ALVES, Schirlei. *The Intercept Brasil*, 3 nov. 2020. Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com sentença inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

ALESSI, Gil. *El País*, São Paulo, 8 fev. 2021. A nova armação das redes bolsonaristas para insuflar o ódio contra Debora Diniz. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-08/a-nova-armacao-das-redes-bolsonaristas-para-insuflar-o-odio-contradebora-diniz.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.

AZEVEDO, Mauri de Castro; LIMA, Marcus Antônio Assis. *Fake news e pós-verdade na construção do Neoconservadorismo no Brasil pós-2013 e os efeitos nas eleições de 2018. Letrônica*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 1-14, abr.-jun. 2020. Disponível em: < <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/letronica/article/view/35546>>. Acesso em: 9 fev. 2021.

BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, 222 p.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v.

36, supl. 1, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_art-text&pid=S0102-311X2020001305001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0102-311X2020001305001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 21 set. 2020.

CISNE, Mirla; CAVALCANTE DE OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle; CASTRO, Viviane Vaz. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, nov. 2018. ISSN 1982-0259. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/1982-02592018v21n3p452/37960>. Acesso em: 21 set. 2020

CORREA, Sonia; KALIL, Isabela. *Políticas antigênero em américa latina: Brasil – ¿LA CATÁSTROFE PERFECTA?* Observatório de Sexualidade e Política. Associação Brasileira Interdisciplinar de SIDA: Rio de Janeiro, 2020. 117 p.

CRUZ, Maria Teresa. Ponte, *El País Brasil*, 14 jun. 2020. Como um promotor e um juiz do interior de SP esterilizaram uma mulher à força. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/12/politica/1528827824\\_974196.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/12/politica/1528827824_974196.html). Acesso em: 13 dez. 2020.

FILHO, João. Quem são os youtubers recomendados por Jair Bolsonaro, *The Intercept*, 18 nov. 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/11/17/youtubers-bolsonaro-nandomoura-diego-rox-bernardo-kuster-fake-news/>. Acesso em: 8 fev. 2021.

FEDERICI, Silvia. *O Ponto Zero da Revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019. 384 p.

FRASER, Nancy; SOUSA FILHO, José Ivan Rodrigues de. Contradições entre capital e cuidado. *Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)*, v. 27, n. 53, p. 261-288, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/16876>. Acesso em: 13 dez. 2020.

FOUCAULT, Michel. *A História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Cosa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018. 175 p.

\_\_\_\_\_. *Aula de 21 de março de 1979*. In: *O Nascimento da Biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 329-364.

GONÇALVES, Juliana Alice Fernandes. *As legislações referentes às mulheres pós-constituição federal de 1988: Da crítica feminista decolonial diante da nova racionalidade neoliberal*. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito (Florianópolis) da Universidade Federal de Santa Catarina, apresentada em 27 fev. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/204572>. Acesso em: 1º dez. 2020.

LOBO, Barbara Natália Lages. *Sexo, trabalho, direito e reconhecimento: a igualdade de existência das mulheres trabalhadoras sexuais*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte), 28 nov. 2017. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_LoboBNL\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LoboBNL_1.pdf). Acesso em: 5 dez. 2020.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica. Arte e Ensaios - Revista do ppgav/eba/ufrrj*, Rio de Janeiro, v. 32, ano 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em: 05. dez. 2020

OLIVEIRA, João Manual de. *Desobediências de gênero*. Salvador: Devires, 2017. 48 p.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Cerca de 25 milhões de abortos não seguros ocorrem a cada ano em todo o mundo*. 28 set. 2017, Brasília. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5508:cerca-](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5508:cerca-)



de-25-milhoes-de-abortos-nao-seguros-ocorrem-a-cada-ano-em-todo-o-mundo&lte-  
mid=820. Acesso em: 21 set. 2020.

REZENDE, Lucas. Juiz manda tirar do ar posts de Sara Winter sobre menina que sofreu estupro, *Uol*, Vitória, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/08/17/juiz-manda-redes-sociais-tirarem-do-ar-dados-da-crianca-que-sofreu-aborto.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

SATTLER, Janyne. *Epistemologia feminista*. Disponível em: <https://cpgd.paginas.ufsc.br/files/2019/05/Epistemologia-Feminista-texto-para-leitura-pr%C3%A9via.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2020.



## LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA EN EL SIGLO XXI: LÍMITES DEL DESARROLLO SUSTENTABLE Y EL ASCENSO DE LA NUEVA DERECHA EN BRASIL

THE HUMAN RIGHTS OF THE INDIGENOUS PEOPLES OF THE AMAZON IN THE 21ST CENTURY: THE LIMITS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE RISE OF THE NEW RIGHT IN BRAZIL

ISABELLA CRISTINA LUNELLI\* | MARINA CORRÊA DE ALMEIDA\*\*

### RESUMEN

Este artículo es resultado de investigación realizada sobre la presencia y agencia indígena en los entornos urbanos de la Amazonía brasileña entre los años 2003-2020, como consecuencia de las transformaciones socio espaciales resultantes de la expansión de las fronteras mercantiles sobre la región. La reconfiguración del capitalismo en América Latina en las últimas décadas ha resultado en nuevas problemáticas para la realización de las formas de reproducción integral de la vida de los pueblos indígenas en sus territorios ancestrales, bien cómo ha provocado el flujo migratorio hacia las principales zonas urbanas de la región, impactando en la protección y garantía de derechos humanos colectivos. El objetivo de este artículo es visibilizar las principales causas y consecuencias de la reconfiguración del capitalismo en la Amazonía para la vida y los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo teniendo en cuenta el ascenso de la derecha conservadora al poder. Para tanto, se realiza un abordaje espacio temporal desde una perspectiva multiscalear, que permite establecer la relación entre el modelo extractivista-exportador y los derechos humanos y, así, comprender y visibilizar los límites y posibilidades de la actuación estatal para la garantía de la continuidad cultural y sobrevivencia física de estos pueblos.

**Palabras-clave:** Derechos Humanos; pueblos indígenas; Amazonía; desarrollismo; urbanización.

### ABSTRACT

The article shows the research results carried out on the indigenous presence and agency in the Brazilian Amazon's urban environments between 2003-2020, as a consequence of the socio-spatial transformations cause by the commercial border expansion over the region. The capitalism reconfiguration in Latin America in recent decades has resulted in new problems for the integral reproduction of the life forms of indigenous peoples in their ancestral territories, as well as has caused the migratory flow to the main urban areas of the region, impacting the protection and guarantee of specific collective human rights. The article aims to unearth the main causes and consequences of capitalism reconfiguration for the life and rights of indigenous peoples, especially taking into consideration the rise of the far-right party to power in Brazil. A spatial-temporal approach was carried out from a multiscale perspective, which allowed to establish the relationship between human rights and the extractivist-exporter model, understanding and clarifying the limits and possibilities of state action to guarantee for these peoples their own cultural continuity and physical survival.

**Keywords:** Human rights; indigenous peoples; Amazon; developmentalism; urbanization.

\* Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina.  
Bolsista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.  
*isalunelli@hotmail.com*

\*\* Doutora em Estudos Latino-americanos pela Universidad Nacional Autónoma de México.  
Professora Visitante da Universidad Autónoma de la Ciudad de México.  
*marinacalmeida@hotmail.com*

Recebido em 23-06-2021 | Aprovado em 28-9-2021





## SUMÁRIO

**INTRODUCCIÓN; 1. LOS IMPACTOS DEL DISCURSO DESARROLLISTA SOBRE LA AMAZONÍA BRASILEÑA: IMPULSO CAPITALISTA, FLUJOS MIGRATORIOS Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS; 2. EL ASCENSO DE LA DERECHA CONSERVADORA EN EL SIGLO XXI: AGOTAMIENTO DE LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO SUSTENTABLE Y LAS IMPLICACIONES SOBRE LA REALIDAD INDÍGENA AMAZÓNICA; CONCLUSIONES; REFERENCIAS**

### ■ INTRODUCCIÓN

La región amazónica ocupa en el siglo XXI un espacio singular que se ha reconfigurado delante del impulso de la lógica extractivista en sus territorios y sobre la selva tropical. Considerada históricamente fuente inagotable de recursos, espacio ocioso e improductivo, un inmenso “vacío demográfico”<sup>1</sup> Amazonía estuvo sujeta a la colonización, ocupación y explotación. De esta forma, nuevos territorios y recursos entraron al mercado mundial como mercancías disponibles, a fin de satisfacer las necesidades de las sociedades modernas<sup>23</sup>.

Esta región de América Latina ha servido al sistema capitalista de manera periférica, lo que no ha cambiado con la independencia y formación de los estados nacionales; al contrario, en el periodo post independencia es posible verificar una intensificación de la división internacional del trabajo<sup>4</sup> que, articulada al patrón primario-exportador de producción<sup>5</sup> y a la jerarquización de la población con la idea de raza, ha fundamentado las múltiples formas de captación y distribución social del excedente, siempre en desventaja para nuestras sociedades.

Así, el espacio amazónico, fuente de extensa biodiversidad, se ve transformado profundamente en el tiempo, con graves consecuencias socioambientales, culturales, políticas y económicas, razón por la cual ha sido uno de los principales focos de debates latinoamericanos y globales sobre la crisis ambiental, los cambios climáticos y el comercio internacional de *commodities*<sup>6</sup>. Además, es campo de luchas y resistencias de pueblos indígenas y tradicionales para la protección de su diversidad de formas de vida en el territorio.

<sup>1</sup> FRANCO, Fernando et al. 2012. *Megaproyectos*. La Amazonía en la Encrucijada. Leticia, Colombia: Universidad Nacional de Colombia/Sede Amazonia; Instituto Amazónico de Investigaciones, 2012.

<sup>2</sup> FRANK, Andre Gunder. El desarrollo del Subdesarrollo: el nuevo rostro del capitalismo. *Monthly Review*, selecciones en Castellano, New York, n.4. p.144- 157, 2005 [1996].

<sup>3</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *El moderno sistema mundial*. Tomo I. México: Siglo XXI Ed., 1979.

<sup>4</sup> MARINI, Rui Mauro. *Dialéctica de la dependencia*. 5ed. Ciudad de México: Ediciones Era S.A., 1981.

<sup>5</sup> OSORIO, Jaime. El nuevo patrón exportador de especialización productiva en América Latina. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, São Paulo, n.31, 2012.

<sup>6</sup> Según Sinott, citado en Carneiro, son “productos no diferenciados, con bajo procesamiento industrial y elevado contenido de recursos naturales” (trad. nuestra). CARNEIRO, Ricardo de Medeiros. *Commodities, choques externos e crescimento: reflexões sobre a América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU, 2012.

La modernización de la región impulsada por los estados nacionales, la constante dependencia de la economía capitalista de mercado, la presencia casi exclusiva de servicios sociales en los entornos urbanos, el mayor acceso a las comunicaciones y transporte, además de las grandes inversiones extranjeras de las últimas décadas, están estrechamente vinculadas a la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas locales. Esto en razón de que una de las consecuencias más visibles sigue siendo la expansión de las fronteras mercantiles capitalistas sobre la selva, resultando en la invasión de territorios de ocupación tradicional y la expulsión de sus habitantes - junto a la expansión del agronegocio y de la malla urbana<sup>7</sup>. Con esto, poblaciones indígenas enteras son afectadas en sus formas tradicionales de reproducción de la vida, en su cultura y espiritualidad, como resultado de la dinámica de ocupación del territorio, que no lleva en consideración ninguna de las formas propias de estos sujetos colectivos de derechos.

Es una transformación del espacio carente de cualquier planificación, que termina por afectar fuertemente todo el paisaje y, con esto, a la población indígena, que también se ve atraída al entorno urbano<sup>8</sup>. En los datos oficiales de 2010, además de ser posible verificar la diversidad étnica que sobrevive en la precariedad y bajo constante amenaza a sus patrones culturales, ha quedado cuantificado el número de población indígena residente en tierras indígenas, bien como su distribución espacial (en zonas urbanas o rurales), lo que ha traído nuevos elementos sobre las condiciones actuales de vida de este sector de la población brasileña, en especial sobre la Amazonía. Desde entonces los estudios sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas amazónicos no pueden ignorar el número expresivo de indígenas viviendo afuera de sus territorios y su presencia y situación en las zonas urbanas.

Este estudio parte de la hipótesis de que hay múltiples factores - consecuencias de la reconfiguración del capital en la región - responsables por las transformaciones socio espaciales en el territorio amazónico brasileño, impactando en los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región, en especial debido a los procesos de urbanización a la que están sometidos en este inicio del siglo XXI.

De entre ellos, este trabajo se centra en la agencia estatal sobre el territorio y los recursos amazónicos en las últimas décadas; agencia que es influenciada por las articulaciones que hace en diferentes escalas regionales e internacionales. Este escenario es profundizado con la llegada de la derecha conservadora al poder del ejecutivo federal, desde el golpe en el año de 2016, que niega derechos colectivos internacionales y constitucionales a las poblaciones indígenas del país, bajo la reformulación del paradigma indigenista de integración asimilacionista<sup>9</sup>.

Delante del actual panorama de violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas en la región de la Amazonía brasileña, se parte del abordaje espacio temporal desde una perspectiva multiescalar, con el objetivo de conocer las implicaciones de los discursos y políticas locales, regionales e internacionales para la vida y los derechos humanos de este sector de la población, que está en crecimiento en los entornos urbanos.

<sup>7</sup> En el caso de Brasil, es posible verificar, por lo menos desde finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, un rápido crecimiento de centros urbanos que, actualmente, concentran la gran mayoría de la población.

<sup>8</sup> De acuerdo a las últimas estadísticas oficiales, en el 2010, aproximadamente 40% de la población indígena brasileña ya era urbana. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

<sup>9</sup> BRUM, Eliane. O chanceler quer apagar a história do Brasil. *El País*, Brasil, 16 enero 2019.

De esta manera, esperamos poder contribuir para visibilizar los recientes procesos de urbanización de los pueblos indígenas y fomentar los debates sobre los derechos humanos específicos para este importante sector de la población de la Amazonía brasileña.

## 1. LOS IMPACTOS DEL DISCURSO DESARROLLISTA SOBRE LA AMAZONÍA BRASILEÑA: impulso capitalista, flujos migratorios y violación de derechos humanos

Para comprender los efectos operados por los procesos de reconfiguración del capital en la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas habitantes de la Amazonía brasileña en las últimas décadas, fundamental verificar cómo las fronteras mercantiles capitalistas han avanzado sobre la selva. Esto será posible haciendo un recorrido sobre algunos de los principales discursos que son puestos a funcionar sobre la región, así como sobre discursos de protección de los derechos humanos de los pueblos - en sus dimensiones temporales y escalas (locales, regionales y nacionales) diferenciadas, dinámicas y en articulación.

Al observar la dimensión simbólica local atribuida a la Amazonía, lo que vemos es un paisaje culturalmente dibujado a partir de los procesos de colonización y dominio del territorio, transformado a lo largo de los siglos. En el caso de la Amazonía brasileña, su singularidad es localmente adjudicada a las características del modelo *sui generis* de colonización, aplicado con el objetivo de fijar las bases económicas para manutención del dominio portugués sobre el norte de la colonia, a pesar de la densa selva.

La condición climática, hídrica, pluviométrica, biológica y social ha influenciado en la configuración e imposición de un modelo específico de ocupación e implementación de las lógicas capitalistas en el espacio. Desde esta perspectiva, la narrativa local sobre la Amazonía es distinta de las narrativas sobre las demás regiones de Brasil, sobre todo de la región de la costa Atlántica, donde los monocultivos y los grandes latifundios surgieron con mayor interés por parte de los colonizadores. La idea de incorporar nuevos espacios de dominación territorial para generar más ganancias con productos diversificados en el mercado mundial generó diversas fases de ocupación de la región amazónica.

Inicialmente, la ocupación estuvo limitada a los márgenes de los ríos y a la sustracción de las llamadas “*drogas dos sertões*”<sup>10</sup>; luego, el ciclo de la goma, pasando posteriormente a la minería, frutos del impulso capitalista sobre la selva. El discurso del colonizador era extractivista, representado en gran parte por políticas económicas sobre el territorio amazónico que negaban las formas de vida de los pueblos locales, sólo llevándolos en cuenta como mano de obra a ser explotada, o como infieles a ser catequizados.

Con la independencia y conformación del estado brasileño, las narrativas empezaron a mezclar la necesidad de imposición de acciones de carácter civilizatorio sobre las sociedades locales, con la exaltación del progreso y la búsqueda de ganancias. En este contexto, la acción

<sup>10</sup> A lo largo de la colonización, la expansión de las fronteras de dominación no sólo abrió paso al conocimiento de nuevos espacios, sino también para el descubrimiento de una variedad de plantas, raíces, frutos que componen la vegetación del norte de Brasil. La presencia y la posibilidad de contacto con pueblos indígenas fue fundamental para ampliar el conocimiento sobre la región. Las llamadas “*drogas dos sertões*” hacían referencia, en este contexto, a las frutas, semillas, raíces y otras plantas utilizadas tradicionalmente en la culinaria y medicina de los pueblos amazónicos, como, por ejemplo, el cacao, el guaraná, el clavo, el achiote y la vainilla.

u omisión estatal fundamentaron la persistencia de la apertura de nuevos espacios de habitación, mismo ante la resistencia de la selva y de su gente. Desde entonces, el discurso sobre la Amazonía está inserto bajo el simbolismo de un espacio inagotable de recursos y de atraso pendiente de desarrollo<sup>11</sup>.

Este discurso sobre la región ha sido el fundamento para políticas estatales, como, por ejemplo, la que ha creado la “Amazonía Legal”, en 1953. En el espacio equivalente a 61% del territorio nacional total, el objetivo era el de planificar el desarrollo económico local de ocho unidades federativas<sup>12</sup> del norte del país. Para tanto, volver el espacio más productivo, direccionando una vez más sus recursos a la exportación, y modernizarlo, con servicios e infraestructura. Uno de los resultados ha sido la urbanización, implicando en profundas transformaciones socio espaciales.

Luego, la Política de Integración Nacional de 1972, en el gobierno dictatorial, también representa este momento ideológico, donde las políticas económicas visaron la integración de la región con el resto del país y de los demás países fronterizos, como solución para este nuevo tipo de desarrollo. Además de políticas de infraestructura, como la Transamazónica<sup>13</sup>, idealizada para permitir el transporte de mercancías por tierra y facilitar la comunicación entre los principales polos urbanos de la región.

Este discurso fue compartido por otros Estados que dividen la selva<sup>14</sup> a lo largo de los siglos. En el siglo XX, el discurso desarrollista sobre la región amazónica fue complementado por la narrativa que afirma que la región podría ser considerada el futuro “granero del mundo”, teniendo en vista que una selva tan exuberante debería de estar sostenida en suelo igualmente fértil<sup>15</sup>. Con esta mirada hacia el futuro, donde el espacio amazónico es el garante de la productividad en periodos de escasez, los estados latinoamericanos amazónicos empezaron a consolidar nuevas políticas y estrategias, más allá del tradicional extractivismo y agotamiento inmediato de los recursos.

No obstante, este nuevo discurso regional y desarrollista sobre la Amazonía, que combinaba necesidad de crecimiento económico con preservación ambiental, mantuvo la narrativa de “vacío demográfico”<sup>16</sup>, ignorando la presencia y necesidades específicas de la población local tradicional, como indígenas, pescadores, entre otros. Esta fue la razón por la cual se han elaborado también políticas de incentivo a la migración, atrayendo una media de 6 mil

<sup>11</sup> LUNELLI, Isabella Cristina; ALMEIDA, Marina Correia de. Favelas Indígenas na Amazônia Brasileira: Análises dos processos de urbanização da população indígena e acesso às políticas públicas diferenciadas nas periferias das cidades de Manaus, Altamira e São Gabriel da Cachoeira. Argentina: CLACSO, 2021 [En prensa].

<sup>12</sup> Entidades federativas (en portugués): Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Maranhão.

<sup>13</sup> La carretera Transamazónica fue propuesta con el objetivo de integrar el norte brasileiro, tanto la región noroeste (ligando los estados federados de Paraíba al Amazonas), como a Perú y Ecuador. Inicialmente, la carretera tendría una extensión de ocho mil km, que fue reducida, terminando con poco más que la mitad.

<sup>14</sup> La selva amazónica se extiende por nueve países de América del Sur: Brasil, Perú, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Guyana, Surinam y Guyana Francesa.

<sup>15</sup> LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Amazônia: uma história de perdas e danos, um futuro a (re)construir. *Estudos Avançados*, Revista del Instituto de Estudos Avanzados de la Universidad de São Paulo, São Paulo, v.16, n.45, p.107-121, 2002.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *Geo-grafías: Movimientos Sociales, Nuevas Territorialidades y Sustentabilidad*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

familias a las *agrovillas*, asentamientos construidos a lo largo de las nuevas carreteras<sup>17</sup>. Las políticas migratorias estuvieron acompañadas de una política económica, que incentivaba la empresa agropecuaria y la extracción de madera con financiamientos<sup>18</sup>.

A partir de la mitad del siglo XX hasta los inicios del siglo XXI, el discurso desarrollista sobre la región se empezó a articular de manera más intensa a la narrativa mundial que atestaba la necesidad de protección de la selva para la sobrevivencia de las generaciones humanas presentes y futuras, lo que también quedó conocido como discurso del “desarrollo sustentable/sostenible”<sup>19</sup>. Es también en esta época que fue elaborado el Tratado de Cooperación Amazónica, ratificado por los ocho países, a fin de delinear políticas conjuntas para “promover el desarrollo armónico de sus respectivos territorios amazónicos, así como para la preservación del medio ambiente, y la conservación y utilización racional de los recursos naturales en el territorio” (art. I)<sup>20</sup>.

La fragilidad del futuro del planeta y la necesidad de una acción común para la protección de la humanidad fue incluida definitivamente en el discurso mundial en 1992, con la reunión organizada por las Naciones Unidas, la “ECO-92”<sup>21</sup>, realizada en Rio de Janeiro, Brasil. Reuniendo más de 22 mil personas, provocó la negociación de 178 líderes mundiales, resultando en tres documentos: a) Declaración de Río (principios orientadores del comportamiento humano en el planeta; b) Agenda 21 (plan de acción para redireccionar las economías a la sustentabilidad en el siglo XXI); y c) Declaración de los Principios de las Selvas (cómo usarlas y protegerlas). Además, abrió puertas a la Convención Cuadro sobre Cambios Climáticos (para la reducción de los gases de efecto estufa) y la Convención de la Biodiversidad (para la realización de inventario de las especies vivas del planeta y su protección).

Esta narrativa insistió en articular la expansión mercantilista sobre la Amazonía, orientada al mercado global, con la necesidad de protección del medio ambiente. Localmente, el

<sup>17</sup> RAMOS, Marina Courrol. O desenvolvimento econômico na Amazônia Legal: seus impactos sociais, ambientais e climáticos e perspectivas para a região. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.IX, n.1, p.345-366, 2014.

<sup>18</sup> El modelo fue elaborado por el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA) y, según Castro, tenía como objetivo la transformación del paisaje con la conformación de grandes latifundios próximos a las principales carreteras. CASTRO, Edna. Expansão da fronteira, megaprojetos de infraestrutura e integração sul-americana. *Caderno CRH*, Revista del Centro de Recursos Humanos de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Federal de Bahía, Salvador, v.25, n.64, p.45-61, enero/abril 2012.

<sup>19</sup> Para Zarta Ávila, fue en el Informe Brundtland donde se acotó el concepto en inglés *sustainable development* como desarrollo sostenible. Desde entonces hay una confusión sobre la diferencia entre “desarrollo sostenible” y “desarrollo sustentable”. Pero para el autor, la única real diferencia es la traducción al español, mientras en México se ha traducido como “desarrollo sostenible”, en otros países de habla hispana se habla de “desarrollo sustentable”, haciendo referencia a lo finito y limitado que es el planeta, la escasez, contaminación y agotamiento de recursos, al crecimiento exponencial de la población mundial y al desarrollo de formas para mitigar las implicaciones de los impactos en el medio ambiente y la sociedad, presentes y futuras. ÁVILA, Plinio Zarta. La sustentabilidad o sostenibilidad: un concepto poderoso para la humanidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, n.28, p.409-423, enero-junio 2018.

<sup>20</sup> Brasil. *Tratado de Cooperação Amazônica*. 1978. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/tratados/convencoes-meio-ambiente/tratado-de-cooperacao-amazonica.pdf>. Accedido el 30.03.2020

<sup>21</sup> Esta conferencia se basaba en algunos antecedentes como el Informe Brundtland, publicado en 1987, que ha diseminado el término “desarrollo sostenible”, y la Conferencia de la ONU sobre el Hombre y el Medio Ambiente, realizada en 1972 en Estocolmo, colocando la protección del planeta en la agenda global.

discurso del desarrollo sustentable ganó fuerza con la llegada al poder del gobierno progresista del Partido de los Trabajadores (PT), con Luis Inácio Lula da Silva, desde 2003, hasta el golpe contra Dilma Rousseff en el 2016. La idea de vincular crecimiento económico a una mejor distribución interna del excedente, con vistas a la protección del medio ambiente y sus sociedades tradicionales, terminó fundamentando una diversidad de políticas públicas, desde aquellas que trataron de regular la acción humana sobre la selva, hasta las que se orientaron a la mitigación de la pobreza, como políticas educativas, de salud y de transferencia de ingresos, como el *Bolsa Família*<sup>22</sup>.

Globalmente, la Amazonía pasa a ser observada como fuente inconmensurable de biodiversidad e indispensable al equilibrio climático, lo que también ha provocado la cooperación internacional para la protección ambiental<sup>23</sup>. No obstante, esto no ha significado dejar atrás la peculiar e histórica inserción de la región como periferia que transfiere grandes cantidades de recursos a las regiones centrales y, con esto, el discurso desarrollista no ha logrado escapar de la visión y acción utilitarista del capitalismo, en su forma dependiente<sup>24</sup>, sobre el espacio y la sociedad local.

El desarrollismo, mismo en su versión sustentable, ha mantenido la generación y distribución del excedente hacia el mercado externo, como si fuera un espacio de explotación natural, no logrando gestar sociabilidad en equilibrio sostenible con la naturaleza<sup>25</sup>. Así, si por un lado podemos encontrar resultados positivos sobre la protección del medio ambiente y de las sociedades tradicionales en un primer momento, así que el patrón primario exportador entra en crisis, con la baja de los precios de las *commodities*, inmediatamente las políticas socio ambientales quedan en segunda plana, a fin de mantener las ganancias y la exportación del excedente.

Uno de los principales problemas de este discurso mundial de sustentabilidad - y que opera sobre las políticas locales - es que las formas de reproducción de la vida indígena representaron solamente la interacción sostenible de largo plazo perfecta, un verdadero éxito en la preservación ambiental de sus territorios ancestrales; pero bajo la óptica de cualidad integral de la vida, la situación desoladora y las amenazas a la sobrevivencia cultural de muchas etnias siguieron por muchos años invisibilizadas. Esto mismo con la historia de lucha y resistencia de pueblos y organizaciones indígenas locales, regionales e internacionales.

En su dimensión internacional, el discurso y agencia del movimiento indígena, ya a finales de los años 80 del siglo pasado, ha contribuido a la elaboración y ratificación de normatividad internacional de protección de sus derechos humanos, como el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>26</sup>, por diversos Estados latinoamericanos. No obstante, su protagonismo político se ve definitivamente consolidado en medio a las protestas por la

<sup>22</sup> LUNELLI; ALMEIDA. *Op. cit.*, 2021.

<sup>23</sup> En 2008 es creado el *Fundo Amazonía* (Decreto n.º 6.527), mecanismo que tiene por objetivo recaudar contribución voluntaria de países desarrollados para la reducción de emisión de gases de efecto estufa resultantes de la tala de árboles y la degradación de la selva (REDD).

<sup>24</sup> OSORIO. *Op. cit.*

<sup>25</sup> También para Osorio, esta constante en la región se debe a la inserción de América Latina en patrones de reproducción del capital que implican en transferencias de valor con tendencia siempre a la desventaja para las economías dependientes, como las nuestras. OSORIO, Jaime. La noción patrón de reproducción del capital. *Cuadernos de Economía Crítica*, La Plata, Argentina, n.1., p.17-36, octubre, 2014.

<sup>26</sup> Organización Internacional del Trabajo. *Convenio n.º 169*. 1989. Ginebra: OIT. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Accedido el 04.02.2020.

celebración de los “500 años” del inicio de la colonización en las Américas. Al articular las demandas globales por derechos específicos para colectividades con la demanda por la descolonización de nuestras sociedades, la lucha indígena ha politizado su etnicidad y la ocupación ancestral de los territorios<sup>27</sup>. Desde entonces el papel del movimiento indígena y su agencia sobre el espacio ha sido una realidad por muchas veces invisibilizada y violentada.

Por otro lado, y en gran parte también como resultado de la lucha política indígena, diversos Estados latinoamericanos reformaron sus constituciones para reconocer la diversidad étnica y los derechos colectivos de pueblos y naciones indígenas de la región y, con esto, el desarrollo de políticas direccionadas a reducir el impacto ambiental sobre los recursos tradicionalmente utilizados para su sobrevivencia, bien como para garantizar su sobrevivencia cultural. Los casos más relevantes para la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas son Colombia (1991), México (2001), Ecuador (2008) y Bolivia (2009); en todos ellos es posible identificar derechos colectivos como el de libre determinación y autonomía - aunque con sus límites - bien como el derecho de propiedad ancestral sobre sus territorios, fundamental para la reproducción integral y tradicional de la vida indígena<sup>28</sup>.

En el caso de Brasil, la historia de esta articulación de narrativas se ha dado mucho más despacio y con muchos obstáculos. La fórmula constitucional de reconocimiento de la presencia indígena en el territorio brasileño, realizada en 1988 (art. 231 de la Constitución Federal<sup>29</sup>), ha sido criticada por especialistas y por el movimiento indígena, porque es restrictiva de derechos colectivos, en especial el derecho a la autonomía y a la libre determinación en el territorio y sobre los recursos naturales<sup>30</sup>. El territorio ancestral indígena, por otra parte, ha quedado como propiedad de la Unión federativa, con usufructo a los pueblos que tradicionalmente lo ocupan (art. 231, CF/88). De la misma forma, Brasil sólo ha ratificado el Convenio n.º 169 de la OIT en el año de 2003, mucho después que la mayoría de los demás países latinoamericanos.

Aun así, lo que se ha visto a principios del siglo XXI en la Amazonía brasileña son nuevas formulaciones discursivas y políticas públicas que reciclan, de acuerdo con nuevas estructuras, la dependencia capitalista, invisibilizando la población indígena, que es obligada a resistir y reivindicar derechos sobre el espacio. Esto porque este nuevo viejo patrón desarrollista hace que las economías locales queden subsumidas a segmentos de grandes cadenas productivas globales, con dirección transnacional<sup>31</sup>, desconsiderando cualquier proceso local económico, social o cultural. Para Svampa<sup>32</sup>, es el paisaje dibujado por el (neo)extractivismo, estructurado

<sup>27</sup> GONZÁLEZ, Pablo Casanova; ROSENMAN, Marcos Roitman (ed.). *Democracia y Estado multiétnico en América Latina*. México: CEIICH-UNAM, 1996.

<sup>28</sup> ALMEIDA, Marina Correa de. *Lo Nuevo en el Constitucionalismo Latinoamericano del siglo XXI: aportes de un análisis crítico a la ideología jurídica en Bolivia*. Tese (Doctorado en Estudios Latinoamericanos) – Programa de Posgrado en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México: UNAM, 2017.

<sup>29</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Accedido el 18.02.2020

<sup>30</sup> LUNELLI, Isabella Cristina. *Estado Intercultural de Direito: Contribuições da antropologia jurídica latino-americana para o direito à autonomia indígena*. Tese (Doctorado en Derecho, Política y Sociedad) – Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2019.

<sup>31</sup> OSORIO. 2012. *Op. cit.*

<sup>32</sup> SVAMPA, Maristella. Consenso das Commodities, Giro Ecoterritorial y Pensamiento Crítico en América Latina. *OSAL*, Revista del Observatorio Social de América Latina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, año XIII, n.32, p.15-38, noviembre, 2012.

a partir del Consenso de las Commodities”, que pone a la Amazonía como la “tercera vía”<sup>33</sup> para atravesar periodos de crisis y escasez una y otra vez.

Este contexto trajo como consecuencia no solamente un retraso en la efectividad de derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos, como también viene demostrado la fragilidad de las políticas estatales para materializar derechos que son reivindicados desde la perspectiva indígena<sup>34</sup>. En el caso de Amazonía esto se ha vuelto más visible cuando observamos que sus discursos y acciones sólo son tomados en cuenta cuando contribuyen al discurso de preservación ambiental combinado con el desarrollo económico de la región.

Es el caso de las demandas por reconocimiento estatal de tierras indígenas (TI); Brasil es de los países que menos protege y resguarda territorios ancestralmente ocupados, dejando la selva a la merced de invasores que expanden las fronteras de la soya, de la pecuaria y la extracción minera-maderera, con profundos impactos socio ambientales. El Consejo Indigenista Misionario (CIMI) ha constatado que, de las 1296 TI existentes, hasta el final del gobierno de Dilma Rousseff (2016), sólo habían sido homologadas 443 TI en todo el territorio nacional<sup>35</sup>, desde la promulgación de la constitución en 1988. Del total de tierras que todavía no se ha iniciado el proceso para demarcación como TI, 90% se encuentra en la Amazonía brasileña<sup>36</sup>.

De esta forma el discurso desarrollista sobre la Amazonía, en sus diferentes escalas y temporalidades, ha propiciado la expansión de las fronteras mercantiles sobre la selva y los territorios indígenas, a través de la intermediación de las sucesivas gestiones gubernamentales y sus políticas públicas, lo que ha estimulado flujos migratorios de población indígena, resultando en procesos de deterioro ambiental, urbanización del territorio y de la población.

De hecho, el análisis de los resultados de los últimos censos<sup>37</sup> nos ha llevado a constatar la fuerte presencia de población indígena en las ciudades brasileñas<sup>38</sup>. En la región norte, donde se ubica la mayor parte de Amazonía, no ha sido distinto. Es un espacio que absorbe 38% de la población indígena nacional; de estos, 17,96% habitan el entorno urbano de las entidades federativas de Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Roraima, Rondônia y Tocantins. Al comparar el cuantitativo poblacional indígena en zonas urbanas entre los años de 1991 y

<sup>33</sup> FRANCO *et al.* *Op. cit.*

<sup>34</sup> LUNELLI. 2019. *Op. cit.*

<sup>35</sup> Información disponible en: <https://cimi.org.br/terras-indigenas/> . Accedido el 13.04.2020.

<sup>36</sup> SILVA, Sidney A. da; ASSIS, Gláucia O. *Em busca do Eldorado: o Brasil no contexto das migrações nacionais e internacionais*. Manaus: EDUA, 2016.

<sup>37</sup> En 2010, 315.180 indígenas, es decir, 38% de la población nacional vivían en áreas urbanas y 502.783, esto es, 62%, en áreas rurales. IBGE. *Op. cit.*, 2010.

<sup>38</sup> La población indígena registrada en áreas urbanas ha sido de un total de 71.026 en 1991, 383.298 en 2000 y 315.180 en 2010. La población rural era de 223.105 en 1991, pasando a 350.829 en 2000 y a 502.783 en 2010. La ubicación de la vivienda indígena fue monitoreada entre 1991 y 2010, constando que mientras la población indígena en áreas rurales bajaba de 75,8% para 61,5% del total; efecto opuesto se ha verificado en áreas urbanas, donde la población indígena sube de 24,2% para 38,5% del total de población indígena. Estos datos también revelan que, si la población indígena ha aumentado en el país en tres veces en este periodo y que en el entorno urbano se han multiplicado por 4,4 veces, mientras la población rural se ha duplicado. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Tendências Demográficas: uma análise dos indígenas com base nos resultados da amostra dos censos demográficos 1991 e 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.



2010<sup>39</sup>, en todas las entidades federativas de la región norte del país es posible constatar aumento, cada cual con sus especificidades. Mientras en algunas la población indígena se ha duplicado, en otras ha visto la población indígena crecer entre 6 y 7 veces, como en Amazonas y Amapá<sup>40</sup>.

En un primer momento, es posible afirmar que el aumento de la población indígena viviendo en las ciudades amazónicas ha acompañado la tendencia poblacional brasileña en general, esto es, aumento en los centros urbanos debido al “crecimiento vegetativo de las áreas urbanas” y de la “incorporación de áreas que, en censos anteriores, eran consideradas rurales”<sup>41</sup> (trad. nuestra). A esto se agrega la creciente autoidentificación indígena con relación al censo de 1991<sup>42</sup>. Ya entre los años de 2000 y 2010 es posible verificar que, en algunas entidades federativas que componen la Amazonía brasileña, hay un cierto estancamiento del crecimiento de la población indígena en entornos urbanos. Una de las principales explicaciones, como vimos, es la cristalización de la ideología del desarrollo sostenible en los gobiernos federales del Partido de los Trabajadores (Lula, 2003-2010; Dilma Rousseff 2011-2016) con sus políticas públicas que se llamaron “de cuño progresista”.

Los efectos de determinadas políticas, como las que trataron de materializar los derechos humanos de los pueblos indígenas, consagrados en la constitución y en tratados y convenios internacionales ratificados por Brasil, así como las políticas que buscaron garantizar mayores recursos para la protección ambiental; trajeron implicaciones sobre la permanencia de este sector de la población amazónica en sus territorios en la selva. No obstante, la coexistencia de las políticas de desarrollo, ancladas en las *commodities*, han provocado la expansión de las fronteras del capital sobre la selva, desencadenando violaciones a derechos humanos y el éxodo hacia las ciudades.

El resultado ha sido el aislamiento de los indígenas de sus tierras, lo que ha llevado a la degradación ambiental de la selva y el comprometimiento de la sobrevivencia y calidad integral de la vida de las sociedades que allá habitan. Además de las invasiones y el despojo violento, los indígenas de la Amazonía se encuentran con la explotación sexual, la trata y el narcotráfico, además de la superexplotación laboral, incluso de niños y adolescentes, llevando muchos a las zonas desordenadas y sin servicios esenciales de las ciudades - las llamadas periferias<sup>43</sup> o *favelas*.

---

<sup>39</sup> A pesar de que hay una clara tendencia a la inversión de la residencia de la población indígena hacia los centros urbanos, es posible identificar dos momentos: el primero, entre los años de 1991 y 2000 donde el aumento de la población indígena en área urbana se ha verificado en todas las entidades federativas de la región norte y, el segundo momento, cuando se observa distintas dinámicas según la entidad federativa. IBGE. *Op. cit.*, 2010.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> PEREIRA, Nilza de Oliveira Martins. Perfil demográfico e socioeconômico das pessoas que se autodeclararam indígenas nos censos demográficos –1991-2000. In: *XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, 2004, Caxambu. Anais do XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Caxambu: ABEP, 2004, Sessão Temática 7, p.1-20.

<sup>42</sup> El IBGE cree que una de las hipótesis más plausibles para el aumento de indígenas “urbanizados” es la inserción de la categoría “indígena” como opción de raza a partir del censo demográfico del año 2000. IBGE. *Op. cit.*, 2005.

<sup>43</sup> Elaine Blum afirma que la imposición de grandes hidroeléctricas como Jirau, Santo Antonio (ambas en el Rio Madeira), Belo Monte (Rio Xingu) y Teles Pires (rio Teles Pires), resultado de los procesos de expansión mercantil sobre la floresta, a través de megaproyectos de infraestructura, vienen causando como grave consecuencia la transformación de las poblaciones indígenas que allá habitaban en “pobres de las periferias urbanas”. CANUTO, Antonio; LUZ, Cássia Regina da Silva; SANTOS, Paulo César Moreira dos (coords). *Conflitos no Campo*: Brasil 2019. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra Nacional, 2020.

## 2. EL ASCENSO DE LA DERECHA CONSERVADORA EN EL SIGLO XXI: agotamiento de las políticas de desarrollo sustentable y las implicaciones sobre la realidad indígena amazónica

Es cierto que el proceso de desterritorialización indígena no es reciente; al contrario, ocurre desde los principios de la colonización, como una práctica de dominación territorial. En la Amazonía, con base económica propia que no estimulaba el trabajo de esclavos africanos, fueron los indígenas el componente principal en la formación de la población local. El desplazamiento de la población indígena de sus territorios a los poblados coloniales fue en gran parte responsable por el desarrollo de las primeras ciudades amazónicas en Brasil<sup>44</sup>.

No obstante, el discurso desarrollista ha contribuido a la implementación de prácticas - públicas y privadas - que incentivaron este proceso de desterritorialización, como visto, aunque estuviera expresamente vedado en el orden jurídico nacional (Constitución Federal de 1988, art. 231, §5º) e internacional (Convenio 169 de la OIT de 1989, art. 16; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, art. 8.2 y art. 10; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXIX). Tal normatividad repudia la remoción, el traslado y el asentamiento forzado, sin consentimiento libre, previo e informado de los pueblos afectados - salvo excepciones claramente determinadas.

Mismo con algunos buenos resultados acumulados de décadas de cooperación internacional para la promoción del desarrollo sustentable de la Amazonía brasileña, lo que se observa es la implementación de políticas que articulan el discurso ambiental con el discurso económico, a depender de la variación de los precios de las *commodities*; esto sí, sin incluir como prioridad los intereses colectivos locales. Cuando el discurso indígena aparece en la agenda del desarrollo sustentable muchas veces es también para reforzar el necesario desarrollo de la región, pues el discurso del “atraso” está íntimamente vinculado a la presencia indígena en el espacio.

De esta forma, los gobiernos de Lula (2003-2010) no rompieron de inmediato con la dinámica de expansión de las fronteras capitalistas sobre la selva, pues se ha apoyado en la política macroeconómica de estabilidad, que exigía priorizar las exportaciones, por lo que presentó la agroindustria de la soya como “la” solución para la Amazonía<sup>45</sup>. Aunque persistían algunas políticas ambientalistas, como el Plan de Acción para Prevención y Combate a la Tala de Árboles, de 2003, lo que se verifica es la imposibilidad de compatibilizar políticas ambientales con el (neo)extractivismo<sup>46</sup>.

Con la crisis de los precios de las *commodities* en el 2008 y la permanencia del Partido de los Trabajadores en el ejecutivo federal, con Dilma Rousseff (2010-2016), es notable la precarización de las políticas ambientales. Este gobierno también estuvo fuertemente arraigado a la visión desarrollista, con la implementación de políticas de infraestructura en la región,

<sup>44</sup> WAGLEY, Charles; GALVÃO, Eduardo. *Os índios Tenetehara: uma cultura em transição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1961.

<sup>45</sup> LEROY, Jean-Pierre. Política ambiental do governo Lula para a Amazônia. In: *Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: Rede Social de Justiça Social e Direitos Humanos, 2005.

<sup>46</sup> Para dar un ejemplo, en el 2009 el gobierno Lula ha creado, junto a programas ambientales, el programa Tierra Legal, que buscaba regularizar inmuebles de hasta 1.500 ha, y ocupados hasta diciembre de 2004, en tierras públicas de la Amazonía Legal.

como los Programas de Aceleración del Crecimiento (PAC) y la expansión de la matriz energética, resultado del desmantelamiento de la legislación ambiental brasileña en el Congreso, en alianza con los terratenientes. A pesar de todo, los gobiernos del PT, llamados progresistas, tenían un cierto respeto hacia los territorios demarcados como tierras indígenas, considerando que estos eran “los” espacios donde sí se encontraban los primeros habitantes del territorio nacional. Por esto, desarrollaron políticas sociales específicas para estos espacios, como la política de educación escolar indígena y el subsistema de salud indígena.

Después del golpe parlamentario en el 2016, y la entrada de Michel Temer al poder (2016-2018), y de su partido de derecha, las políticas para la protección de la selva y sus sociedades empiezan a perder el poco espacio que tenían. Organizaciones no gubernamentales ambientalistas denunciaron, en diversas ocasiones, las negociaciones con terratenientes, que tenían como moneda de cambio la reducción de las políticas de protección de los recursos naturales y las poblaciones indígenas<sup>47</sup>

Nuevamente el predominio de la narrativa desarrollista en el abordaje sobre la Amazonía ha sofocado el aspecto social, constituido a partir de las relaciones entre seres humanos y naturaleza, establecidas en el espacio. Así, ni las obligaciones positivas del estado brasileño para con los pueblos indígenas ha podido resultar en una contraposición a las narrativas económicas sobre el territorio tradicional de este sector de la población local. Al contrario, lo que hemos visto es un interés cada vez más grande sobre las tierras indígenas y no sobre la población que allí habita.

El resultado es visible para una diversidad de familias indígenas que terminaron migrando hacia los entornos urbanos y fijando residencia en las periferias mayoritariamente. Un reportaje sobre las periferias de las ciudades amazónicas ha presentado la trágica y poco conocida realidad de estos espacios, la de que “un tercio de las poblaciones de las medias y grandes ciudades de Amazonía vive en territorios de narcotráfico y violaciones de derechos humanos”. En las periferias de la más grande selva tropical del mundo, la calidad de vida es peor que en las *favelas* de Rio de Janeiro y São Paulo<sup>48</sup>.

Con el resultado de las últimas elecciones presidenciales en el 2018, lo que observamos es el ascenso de los grupos de la derecha más conservadora al poder, que ignoran la necesaria protección de derechos humanos colectivos y priorizan el desarrollo económico del país y, por ende, de la región amazónica. Los resultados sobre la protección de la selva desde la elección de Jair Messias Bolsonaro a la presidencia de la república, son alarmantes: aumento de quemadas, de la violencia y de la agroindustria sobre el espacio amazónico.

Con respecto a los pueblos indígenas, lo que vemos es el aumento gradual de la violencia y el despojo de sus territorios, además del regreso de la ideología de la integración, es decir, del discurso que afirma que los pueblos indígenas tienen derechos, desde que se integren a la sociedad como cualquier otro ciudadano, es decir, como sujetos de derechos iguales ante a ley. Por esta razón, para ser sujetos de derechos, deberán ser considerados individuos

<sup>47</sup> MATTEI, Lauro. A Política Agrária e os retrocessos do Governo Temer. *Revista OKARA*, Geografia em debate, João Pessoa, v.12, n.2., p.293-307, 2018.

<sup>48</sup> La ciudad de Manaus lideraba, en el 2015, el ranking de las regiones metropolitanas brasileñas con el peor Índice de Desarrollo Humano (IDH), al presentar un porcentual de 0.720. Barrios como Armando Mendes (IDH 0.650) y Novo Israel (IDH 0.668) poseían “indicativos sociales inferiores a los registrados en las favelas más violentas de Rio de Janeiro”. NOSSA, Leonencio (coord.). *Favelas na Amazônia: um novo retrato da floresta*. O Estado de São Paulo, Jornal Digital, Caderno Especial, 2015.

libres para el mercado, iguales para la celebración de contratos y como propietarios individuales, aunque sea solamente de su mano de obra a ser sobreexplotada. Esta visión sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas es reforzada una y otra vez por el actual presidente, Jair Messias Bolsonaro:

El indio quiere energía eléctrica, quiere médico, quiere dentista, quiere internet, jugar fútbol. Quiere lo que nosotros queremos (...) Aquí en Brasil, algunos quieren que el indio siga en la reserva como si fuera un animal de zoológico. Yo no quiero esto. Yo quiero tratar el indio como ser humano. Yo quiero que el indio explore su propiedad, su subsuelo, gane *royalties* sobre esto, siembre (trad. nuestra)<sup>49</sup>.

Desde esta perspectiva, podrán mantener sus derechos humanos aquellos indígenas que han logrado integrarse a la civilización, como también ha afirmado el ex canciller de Brasil, Ernesto Araújo. En su discurso de posesión, ha utilizado frases del escritor José de Alencar, una fuerte referencia en la literatura brasileña a la conformación del pueblo como mestizo, para afirmar que el indígena “bueno” es el que logra asimilar los modos de la civilización moderna<sup>50</sup>. Desde entonces, cuando se trata de derechos humanos de los pueblos indígenas, el gobierno federal conservador ignora el discurso de la sustentabilidad, para desarrollar estrategias sobre el futuro de los pueblos indígenas con clara intención de expandir las fronteras capitalistas sobre sus territorios, mismo los ya regularizados como tierra indígena. Con esto, hay un cambio en el discurso sobre los pueblos indígenas del país:

Antes del *bolsonarismo*, la táctica de la derecha era decir que los indígenas ya no lo eran. Era dudar de su autenticidad. Como si el indígena al usar el celular se volviera menos indígena. Al dejar de ser considerados indígenas, los distintos pueblos perdían su derecho a la tierra. Esta táctica aún persiste. Pero la nueva derecha representada por Bolsonaro es más lista. Ella no niega lo indígena, sino que afirma una supuesta igualdad del indígena y el blanco. No para que los indígenas mantengan sus derechos constitucionales, sino para que los pierdan (trad. nuestra)<sup>51</sup>.

Los datos de 2019 dejan un registro claro de las consecuencias del regreso del discurso integracionista para los pueblos indígenas amazónicos: del total de familias brasileñas que sufren invasiones en sus casas y territorio ha crecido en 87% en la Amazonía Legal, en comparación con el año anterior. “Las navidades de 2019 revelaron la realidad vivida por esta parcela de la población brasileña. Mientras toda la publicidad alababa la fiesta más familiar del año, para los líderes amazónicos era el momento de abandonar sus casas y familia para escapar de la muerte” (trad. nuestra)<sup>52</sup>.

En el comienzo de 2020, el presidente ha declarado abiertamente esta intención, como por ejemplo, en su discurso del 23 de enero, cuando afirmó que el “indígena está evolucionando” y “cada vez más es un ser humano igual a nosotros” (2020). Lo que se observa es que el discurso conversador está directamente vinculado a una preocupación con el futuro del

<sup>49</sup> BRUM. *Op. cit.*, 2019.

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> CANUTO *et. al.*. *Op. cit.*, 2020. p.107.

territorio indígena y no con la sociedad indígena amazónica y sus especificidades étnicas y culturales. Además, es recurrente en el discurso presidencial el orgullo de no haber regularizado ninguna tierra indígena y amenazar con revertir decisiones que declararon las poquísimas tierras indígenas en la Amazonía (2020). Esto para no hablar de las innumerables noticias de invasiones, violencias y quemadas en los territorios tradicionalmente ocupados de la región.

Además, la actual pandemia de SARS-COV-2 (COVID-19) ha actualizado y reforzado las principales problemáticas concernientes a los derechos humanos de los pueblos indígenas amazónicos. La región norte del país fue la primera severamente afectada por el gran número de casos y óbitos, además del colapso del sistema público de salud. En medio a la pandemia, el ministro del medio ambiente ha declarado abiertamente la intención de expandir las fronteras del agronegocio sobre la selva, aprovechando la ausencia de fiscalización ambiental<sup>53</sup>.

En este sentido, el Observatorio Covid-19<sup>54</sup>, una iniciativa de la Fundación Oswaldo Cruz (Fiocruz), ha afirmado que la pandemia suma un desafío más a los problemas sociales, económicos, políticos y sanitarios que enfrentan las poblaciones indígenas de la Amazonía. Por ejemplo, la tendencia a la diseminación rápida del virus en las tierras indígenas, debido a sus formas de vida y vivienda, que dificultan las medidas de distanciamiento social. Además, diversas investigaciones demostraron la prevalencia de otras enfermedades con las cuales los indígenas amazónicos conviven - como la tuberculosis, diabetes, malaria, hepatitis y obesidad -, y que vuelven a este sector de la población más vulnerables a un posible contagio de COVID-19<sup>55</sup>.

Se puede agregar aún la distancia de sus territorios de centros de salud adecuados; mismo que estén en las ciudades o próximos a ellas, la mayoría del entorno urbano no posee una estructura adecuada de servicios de salud para este sector de la población. Por esta razón es que el documento final del Campamento Tierra Libre<sup>56</sup>, realizado al inicio de la pandemia, alertaba para la crisis de los derechos humanos de la población indígena amazónica:

---

<sup>53</sup> El Ministerio Público Federal ha realizado pedido de retirada del ministro Ricardo Sales de su cargo debido a sus recurrentes declaraciones y acciones para la flexibilización de las reglas de protección ambiental, sobre todo para la expansión de fronteras mercantiles sobre la Amazonía. Para acceder a la solicitud integralmente, ver: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/aia-salles-1>. Accedido el 13.07.2020

<sup>54</sup> Cf.: <https://portal.fiocruz.br/observatorio-covid-19-saude-indigena>. Accedido el 12.06.2020

<sup>55</sup> En el caso de la Amazonía, el análisis realizado por la Coordinación de las Organizaciones Indígenas de la Amazonía Brasileña (Coiab) y por el Instituto de Investigación Ambiental de la Amazonía (IPAM, por su sigla en portugués), en junio de este año, ha revelado que la tasa de mortalidad por COVID-19 entre indígenas (número de óbitos por 100 mil habitantes) es 150% más grande que la media brasileña. Además, es 20% más alta que la registrada en la región norte. También ha revelado la preocupante tasa de letalidad en la Amazonía, pues entre los indígenas es de 6,8%, mientras la media para la región norte es de 4,5% y la de dos ciudadanos brasileños es de 5%. FELLOWS, Martha; PAYE, Valéria; ALENCAR, Ane; NICÁCIO, Mário; CASTRO, Isabel; COELHO, Maria Emília; MOUTINHO, Paulo. *Não são números, são vidas! A ameaça da Covid-19 aos povos indígenas da Amazônia brasileira*. Brasil: Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB); Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM), 2020.

<sup>56</sup> En el año 2020, en razón de la pandemia, el Campamento Tierra Libre (ATL) fue realizado de manera virtual. Esta ha sido la 16ª edición del CTL, movilización nacional indígena que estuvo marcada históricamente por reunir en Brasilia a miles de indígenas de todas las partes de Brasil, durante la semana en que se celebra el "día del indio" (19 de abril de 2020). Es compuesto por la Articulación de los Pueblos Indígenas de Brasil (APIB), la Articulación de los Pueblos y Organizaciones Indígenas del Nordeste, Minas Gerais y Espírito Santo (APOINME), Articulación de los Pueblos Indígenas del Sudeste (ARPINSUDESTE), Articulación de los Pueblos Indígenas de la Región Sur (ARPINSUL), Comisión Guarani Yvyrupa, Consejo del Pueblo Terena, ATY GUASU y Coordinación de las Organizaciones Indígenas de la Amazonía Brasileña (COIAB).

Nuestro exterminio parece ser una cuestión de honor para el gobierno Bolsonaro, que se ha aprovechado de la crisis de la Pandemia, aumentando la negligencia con nuestros pueblos. Así, también ha puesto fin a las políticas públicas diferenciadas conquistadas por nosotros en los últimos 30 años en las áreas de la educación, alternativas económicas, medio ambiente y principalmente de salud. Después de intentar municipalizar o privatizar el subsistema de salud indígena, con el fin de la SESAI, con la diseminación del coronavirus en nuestros territorios, ha quedado claro que el gobierno quiere realmente nuestra extinción: no nos protege de invasores, permitiendo que estos contaminen nuestras comunidades, lo que puede llevar al exterminio masivo, a empezar por nuestros ancestros, fuentes de tradición y sabiduría para nuestros pueblos, principalmente para las nuevas generaciones. Y, como si fuera poco, el gobierno estimula el acoso y la violencia de intereses privados sobre nuestros bienes naturales y territorios sagrados<sup>57</sup> (trad. nuestra).

## ■ CONCLUSIONES

Este artículo ha buscado demostrar las implicaciones de la reconfiguración del capital sobre el espacio amazónico brasileño en el siglo XXI, así como sus consecuencias para la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Para tanto, desde un abordaje multi-escalar, ha analizado los principales discursos que dan pie a las políticas en la región, demostrando que, a pesar de las significativas mudanzas en el discurso hacia una anhelada sustentabilidad en las últimas décadas, estas no han sido capaces de atender a los intereses y demandas de las poblaciones locales, en especial de pueblos y comunidades indígenas amazónicos.

Lo que vimos es que en la medida en que se dejan de aplicar las orientaciones internacionales y nacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre todo los que se refieren a la protección del territorio y de derechos específicos como colectividades - el derecho a la autonomía, territorialidad y libre determinación -, el Estado (y la sociedad) se va mostrando inhábil a la superación de las viejas y anticuadas prácticas integracionistas, terminando por reproducir cíclicamente, desigualdades y discriminación, afectando profundamente la vida y el desarrollo de las sociedades locales, así como impidiendo la necesaria protección del medio ambiente y la biodiversidad.

Es decir, la actuación estatal, aunque edificada en la búsqueda por materializar derechos ambientales e indígenas, ha logrado, no obstante, contribuir con otro objetivo: el de liberación de tierras indígenas de la presencia indígena. Por medio de las políticas públicas, los distintos gobiernos en el siglo XXI han podido influenciar lo que ocurría en los territorios indígenas en la selva e, incluso, estimular la migración hacia otros espacios, como las zonas urbanas, que se transforman en espacios de nuevas violaciones de derechos humanos.

Al pautar una única vía de desarrollo económico para la región, los gobiernos brasileños en el siglo XXI han desvirtuado la idea de interés público y de desarrollo sustentable, para

<sup>57</sup> Disponible en: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/04/documento-final-atl-2020.pdf>. Accedido el 23/09/2020.

garantizar la expansión capitalista sobre la Amazonía, provocando el flujo migratorio de la selva a las periferias de las ciudades de la región. De esta forma, las transformaciones socio espaciales y sus resultados sobre los derechos de los pueblos indígenas son consecuencia directa de las políticas para la Amazonía, con participación directa del estado, sea por acción u omisión.

Esto contradice la consideración de que los flujos migratorios son un proceso natural, como si fuera una evolución civilizatoria del indígena, que decide dejar la selva para vivir en el entorno urbano, y no como una política recurrente de desterritorialización indígena y de expansión de la malla agroindustrial y urbana sobre la selva.

Para Segato, esta es una estrategia de “conquistualidad del poder”<sup>58</sup>: una nueva fase de apropiación del territorio que se asimila a la fase de la conquista, donde la regla es la suspensión de derechos y de los códigos de justicia. La actual situación de los pueblos indígenas amazónicos en el siglo XXI nos demuestra que esto no es sólo el resultado de un espacio “sin ley”. El problema no es la ausencia del Estado, o de normas y políticas específicas para la región, incluso regionales e internacionales. Al contrario, como visto, los discursos y políticas realizados sobre la región y sus consecuencias en la vida y sobrevivencia de los pueblos indígenas son resultado del contenido desarrollista, en diferentes escalas y dinámicas temporales, funcionando hacia un mismo objetivo. Segato está en lo correcto cuando afirma la suspensión de derechos, si de lo que se trata son derechos colectivos, alcanzados gracias a la agencia del pueblo indígena organizado. Lo que se observa en las últimas décadas son acciones y estrategias que ignoran la diversidad de formas tradicionales de reproducción de la vida en el espacio y al largo del tiempo, así como sus necesidades y demandas.

De esta forma, el expresivo número de indígenas viviendo en las ciudades amazónicas, tiene como una de las principales explicaciones la pérdida de la territorialidad o de condiciones en el territorio que puedan garantizar su sobrevivencia física y cultural y, por ende, la protección de sus derechos colectivos. Aislados de su territorialidad ancestral, las violaciones a los derechos humanos se reflejan, además, en la ausencia, en el entorno urbano, de las políticas creadas para atender y respetar la pluriculturalidad social, pues cuando existen, están concentradas en áreas de tierras indígenas, mayoritariamente ubicadas en la selva<sup>59</sup>.

Además, al concentrarse en las periferias urbanas, los indígenas amazónicos que habitan las ciudades conviven con las distintas problemáticas propias de este espacio, como la ausencia de infraestructura, la precariedad de las viviendas, ausencia de servicios básicos, además de convivir con la violencia del mercado ilegal, como el narcotráfico. Esto es agravado por la sobreposición de viejos problemas, como el racismo y la discriminación, que los estigmatizan y excluyen de los derechos en las ciudades y a la ciudad.

Como si no bastara, el cambio en el discurso sobre los pueblos indígenas, que les niega derechos colectivos, viene agravando sobremanera sus formas propias de reproducción de la vida. La consideración de los indígenas solamente en el plan de igualdad formal ante la ley debilita las condiciones para la preservación no solo cultural, sino también ambiental de la región Amazónica. Las justificaciones se (re)actualizan para cumplir con los objetivos de siempre: entregar el territorio para la producción hacia la exportación.

<sup>58</sup> Conforme entrevista para Página12, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-9737-2015-05-29.html>

<sup>59</sup> LUNELLI; ALMEIDA. *Op. cit.*, 2020.

Por lo tanto, se hace necesario visibilizar la presencia y agencia indígena en crecimiento en los entornos urbanos amazónicos, teniendo en vista que esta es una realidad que, en el contexto actual, profundiza la violación a derechos humanos. Además, los pueblos indígenas amazónicos están cada vez más organizados y en resistencia, también en las ciudades y sus periferias, demandando derechos colectivos y servicios sociales adecuados a su condición étnico-cultural. Actualmente, son los pueblos indígenas los que vienen presentando nuevos discursos y alternativas para las ciudades amazónicas, desde una perspectiva intercultural, que visa permitir el desarrollo de las sociedades tradicionales locales, según sus propias formas de reproducción integral de la vida, la preservación ambiental y, por ende, la sustentabilidad en la Amazonía del siglo XXI.

## REFERENCIAS

ALMEIDA, Marina Correa de. *Lo Nuevo en el Constitucionalismo Latinoamericano del siglo XXI: aportes de un análisis crítico a la ideología jurídica en Bolivia*. Tese (Doctorado en Estudios Latinoamericanos) – Programa de Posgrado en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México: UNAM, 2017.

ALMEIDA, Marina Correa de. Los derechos humanos de los pueblos indígenas frente al desarrollo de la Amazonía brasileña en el siglo XXI. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v.71, n.279-2, p.765-787, 2021.

ÁVILA, Plinio Zarta. La sustentabilidad o sostenibilidad: un concepto poderoso para la humanidad. *Tabula Rasa*, Bogotá, n.28, p.409-423, enero-junio 2018.

BRUM, Eliane. O chanceler quer apagar a história do Brasil. *El País*. Brasil, 16 enero 2019. Disponible en: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/16/opinion/1547664512\\_125565.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/16/opinion/1547664512_125565.html). Acceso en: 15 octubre 2020.

CANUTO, Antonio; LUZ, Cássia Regina da Silva; SANTOS, Paulo César Moreira dos (coords). *Conflitos no Campo: Brasil 2019*. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra Nacional, 2020.

CARNEIRO, Ricardo de Medeiros. *Commodities, choques externos e crescimento: reflexões sobre a América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL/ONU, 2012.

CASTRO, Edna. Expansão da fronteira, megaprojetos de infraestrutura e integração sul-americana. *Caderno CRH*, Revista del Centro de Recursos Humanos de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Federal de Bahía, Salvador, v.25, n.64, p.45-61, enero/abril 2012.

FELLOWS, Martha; PAYE, Valéria; ALENCAR, Ane; NICÁCIO, Mário; CASTRO, Isabel; COELHO, Maria Emília; MOUTINHO, Paulo. *Não são números, são vidas! A ameaça da Covid-19 aos povos indígenas da Amazônia brasileira*. Brasil: Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB); Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM), 2020.

FRANCO, Fernando *et al.* 2012. *Megaproyectos*. La Amazonía en la Encrucijada. Leticia, Colombia: Universidad Nacional de Colombia/Sede Amazonia; Instituto Amazónico de Investigaciones, 2012.





FRANK, Andre Gunder. El desarrollo del Subdesarrollo: el nuevo rostro del capitalismo. *Monthly Review*, selecciones en Castellano, New York, n.4. p.144- 157, 2005 [1996].

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. *Geo-grafías: Movimientos Sociales, Nuevas Territorialidades y Sustentabilidad*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

GONZÁLEZ, Pablo Casanova; ROSENMAN, Marcos Roitman (ed.). *Democracia y Estado multiétnico en América Latina*. México: CEIICH-UNAM, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Tendências Demográficas: uma análise dos indígenas com base nos resultados da amostra dos censos demográficos 1991 e 2000*. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

LEROY, Jean-Pierre. Política ambiental do governo Lula para a Amazônia. In: *Direitos Humanos no Brasil 2005*. São Paulo: Rede Social de Justiça Social e Direitos Humanos, 2005.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Amazônia: uma história de perdas e danos, um futuro a (re)construir. *Estudos Avançados*, Revista del Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de São Paulo, São Paulo, v.16, n.45, p.107-121, 2002.

LUNELLI, Isabella Cristina. *Estado Intercultural de Direito: Contribuições da antropologia jurídica latino-americana para o direito à autonomia indígena*. Tese (Doctorado en Derecho, Política y Sociedad) – Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2019.

LUNELLI, Isabella C. El ascenso de la extrema derecha en Brasil y la violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Amazonia. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v.70, n.279-1, p.365-384, 2021.

LUNELLI, Isabella Cristina; ALMEIDA, Marina Correia de. *Favelas Indígenas na Amazônia Brasileira: Análises dos processos de urbanização da população indígena e acesso às políticas públicas diferenciadas nas periferias das cidades de Manaus, Altamira e São Gabriel da Cachoeira*. Argentina: CLACSO, 2021 [En prensa].

MARINI, Rui Mauro. *Dialectica de la dependencia*. 5ed. Ciudad de México: Ediciones Era S.A., 1981.

MATTEI, Lauro. A Política Agrária e os retrocessos do Governo Temer. **Revista OKARA**, Geografia en debate, João Pessoa, v.12, n.2., p.293-307, 2018.

NOSSA, Leonencio (coord.). Favelas na Amazônia: um novo retrato da floresta. *O Estado de São Paulo*, [Estadão], Jornal Digital, Caderno Especial, 2015. Disponible en: <https://infograficos.estadao.com.br/public/especiais/favela-amazonia/>. Acceso en 17 enero 2020.

OSORIO, Jaime. El nuevo patrón exportador de especialización productiva en América Latina. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, São Paulo, n.31, 2012.

OSORIO, Jaime. La noción patrón de reproducción del capital. *Cuadernos de Economía Crítica*, La Plata, Argentina, n.1., p.17-36, octubre, 2014.

PEREIRA, Nilza de Oliveira Martins. Perfil demográfico e socioeconômico das pessoas que se autodeclararam indígenas nos censos demográficos –1991-2000. In: XIV ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 2004, Caxambú. *Anais do XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais*. Caxambu: ABEP, 2004, Sessão Temática 7, p.1-20.

RAMOS, Marina Courrol. O desenvolvimento econômico na Amazônia Legal: seus impactos sociais, ambientais e climáticos e perspectivas para a região. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.IX, n.1, p.345-366, 2014.

SILVA, Sidney A. da; ASSIS, Glaucia O. *Em busca do Eldorado: o Brasil no contexto das migrações nacionais e internacionais*. Manaus: EDUA, 2016.

SVAMPA, Maristella. Consenso das Commodities, Giro Ecoterritorial y Pensamiento Crítico en América Latina. *OSAL*, Revista del Observatorio Social de América Latina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, ano XIII, n.32, p.15-38, noviembre, 2012.

WAGLEY, Charles; GALVÃO, Eduardo. *Os índios Tenetehara: uma cultura em transição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1961.

WALLERSTEIN, Immanuel. *El moderno sistema mundial*. Tomo I. México: Siglo XXI ed, 1979.



## INCORPORANDO OS VALORES E DIREITOS FUNDAMENTAIS À CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE NA CONSERVAÇÃO DA AMAZÔNIA LEGAL NO BRASIL

INCORPORATING FUNDAMENTAL RIGHTS AND VALUES INTO THE CONSTITUTION: AN ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS IN THE CONSERVATION OF THE BRAZIL'S LEGAL AMAZON

HANIERI ALVES DA SILVA\*

### RESUMO

O Direito é um instrumento político e social fundamental para combater as injustiças, buscar uma sociedade mais justa, sustentável e igualitária. Este trabalho tem como objetivo realizar uma análise integrativa de conflitos que perfazem a construção do Direito e são transmutados na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, este estudo é composto de uma revisão teórica de conceitos e ideologias que atingem a criação do Direito, bem como estes são transmutados e condensados no Estado Constitucional de Direito. Adicionalmente, preocupado com a efetividade dos valores fundamentais de dignidade da pessoa humana e equilíbrio ecológico brasileiro, para a preservação da Amazônia legal, é realizado, também, uma revisão estatística sistemática de bancos de dados do INPE, projeto desmatamento (PRODES) e queimadas, dos últimos 20 anos. Identificando assim, problemáticas centrais ligadas ao fenômeno de mudanças climáticas, bem como evidenciar que este é resultado de um problema político e social, que fazem parte da estrutura do Direito.

**Palavras-chave:** Direito Fraternal, Valores Fundamentais, Equilíbrio Ecológico, Direitos Humanos, Meio Ambiente.

### ABSTRACT

Law is a fundamental political and social instrument to fight injustices, seeking a more just, sustainable and egalitarian society. This work aims to carry out an integrative analysis of conflicts that make up the construction of Law and are transmuted in the search for an ecologically balanced environment. In this sense, this study is composed of a theoretical review of concepts and ideologies that affect the creation of Law, as well as how these are transmuted and condensed in the Constitutional State of Law. Additionally, concerned with the effectiveness of the fundamental values of human dignity and Brazilian ecological balance, for the preservation of the legal Amazon, a systematic statistical review of INPE databases, deforestation project (PRODES) and fires is also carried out, of the last 20 years. Thus, identifying central issues linked to the phenomenon of climate change, as well as showing that this is the result of a political and social problem, which is part of the structure of Law.

**Keywords:** Fraternal Law, Fundamental Values, Ecological Balance, Human Rights, Environment.

\* Mestre em Recursos Florestais pela Universidade de São Paulo.  
Bacharel em Engenharia Florestal pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.  
Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.  
[hanieriusp@gmail.com](mailto:hanieriusp@gmail.com)

Recebido em 24-08-2021 | Aprovado em 30-9-2021



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 DIREITO E IDEOLOGIA: UM CONFLITO DE INTERESSES; 2 ESTADO E CONSTITUIÇÃO: UMA CONDENSAÇÃO DE VALORES; 3 CONSTITUIÇÃO E MEIO AMBIENTE: UMA CONSTITUIÇÃO DE FUTURO; 4 SOCIEDADE E CRISE AMBIENTAL: UM DEBATE SOBRE EFETIVIDADE; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O Direito na antiguidade já foi considerado a arte do bom e do justo<sup>1</sup>. Entretanto, como parte de um processo histórico e cultural, o fato é que este tem como uma de suas finalidades estabelecer as regras do Estado que permitem aos cidadãos, sujeitos de direito, a organização da vida em uma sociedade contemporânea. Outrossim, é notável que o direito também é um instrumento do Estado e das relações privadas, acarretando prover a legalidade e ilegalidade para as ações sociais<sup>2</sup>. Desta forma, o direito tem uma importância atributiva de valor e de conduta normativa<sup>3</sup>, para a organização e controle das manifestações humanas e dos fatos sociais.

O debate teórico e conceitual sobre o Direito e à Ideologia, é eivado de narrativas de diversas classes, povos e Estados. Com efeito, a positivação do Direito é um movimento de interesses, no qual, um grupo de pessoas, detentora dos meios de produção, em algum momento da história, se estabeleceram no poder<sup>4</sup>. Quando transmutado ao Estado, este resulta em estabelecer as diretrizes das relações sociais e jurídicas, que organizam os instrumentos sociais de poder<sup>5</sup>. Assim, a constituição, no sentido social, exerce o seu papel de condensação de valores, que são fundamentais para organizar e estabelecer os poderes do Estado<sup>6</sup>. Com efeito, emerge as diretrizes da organização político-jurídica do Estado, para que a burocracia e racionalismo transfigurem a efetividade de um governo<sup>7</sup>.

Os valores constitucionais devem acompanhar as mudanças sociais, culturais e econômicas da sociedade, para que esta se torne mais efetiva<sup>8</sup>. Neste sentido, o fato é que após a Segunda Guerra Mundial, conflito que assolou à humanidade, uma de suas principais consequências é a promulgação da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Este, representa a valorização e reconhecimento da dignidade, bem-estar e diversidade dos povos como valores fundamentais para uma convivência mais justa e igualitária. Sob estas perspectivas, não

<sup>1</sup> ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

<sup>2</sup> MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao estudo do Direito* - 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito* - 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>4</sup> PACHUKANIS, Evguiéni B. A. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysso Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. – 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2017.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social* - 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

<sup>6</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição* - 4ª edição. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

<sup>7</sup> NEVES, Marcelo. *COMPARANDO TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE MUNDIAL ASSIMÉTRICA: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas*. Revista da Agu, Brasília-DF, v. 14, n. 3, p. 37-58, 2015. <http://dx.doi.org/10.25109/2525-328x.v.14.n.3.2015.695>.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social* - 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

somente o direito passa a ter uma preocupação axiológica, como estes valores são transmutados aos movimentos das novas constituições do século XX<sup>9</sup>. Por fim, a dicotomia do direito é avançada, uma vez que para além de um monismo jurídico, este passa a reconhecer as desigualdades sociais, e assim, torná-la uma preocupação constitucional e jurídica<sup>10</sup>.

No século XXI, segundo a “*Food and Agriculture Organization (FAO)*”, uma das preocupações para a humanidade são as mudanças climáticas, e de que forma isso seria um efeito cascata e ameaça ao bem-estar das pessoas<sup>11</sup>. Dentro deste contexto, o “*Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*”, destaca que o aquecimento da Ecosfera em 1,5 C° se torna inevitável até 2050, devido ao aumento de gases do efeito estufa como CO<sub>2</sub> e CH<sub>4</sub>. Com efeito, este fenômeno ambiental representa aumento das ondas de calor e das secas<sup>12</sup>. Neste contexto, o meio ambiente é fundamental para o estabelecimento de todas as formas de vida, além de fornecer os recursos bióticos e abióticos<sup>13</sup>, e esta situação de colapso ambiental, se deve em grande parte pelo aumento da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento<sup>14</sup>.

Este cenário, de emergência climática, certamente é um alerta vermelho à humanidade, à família humana, e principalmente ao bem-estar das comunidades e nações mais pobres<sup>15</sup>. E neste sentido, o Brasil apresenta princípios modernos e de terceira dimensão dos direitos humanos na sua constituição. Com efeito, o equilíbrio ecológico se torna um valor fundamental para formação de uma vida digna e bem-estar social, além de ser de titularidade transindividual<sup>16</sup>.

Diante de tal problemática, este trabalho tem como objetivo, em primeiro momento, realizar uma análise de conflitos que perfazem a construção do Direito e formação do Estado Constitucional de Direito, posteriormente evidenciar como estes são transmutados no campo efetivo das relações reais da sociedade, e de que forma estas são perpassadas a crise do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, [S.L.], v. 240, p. 1, 21 jan. 2015. Fundacao Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

<sup>10</sup> ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

<sup>11</sup> FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO), WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *The State of Food Security and Nutrition in the World 2021. Transforming food systems for food security, improved nutrition and affordable healthy diets for all*. Rome, FAO; 2021. <https://doi.org/10.4060/cb4474en>.

<sup>12</sup> FELLER, Urs. Drought stress and carbon assimilation in a warming climate: reversible and irreversible impacts. *Journal Of Plant Physiology*, [S.L.], v. 203, p. 84-94, set. 2016. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jplph.2016.04.002>.

<sup>13</sup> CHAPIN, F. Stuart, P. A. Matson, and Harold A. Mooney. *Principles of Terrestrial Ecosystem Ecology*. New York: Springer, 2002.

<sup>14</sup> Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). *Global Warming of 1,5 °C*. Switzerland, 2018, p. 18.

<sup>15</sup> FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO), WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *The State of Food Security and Nutrition in the World 2021. Transforming food systems for food security, improved nutrition and affordable healthy diets for all*. Rome, FAO; 2021. <https://doi.org/10.4060/cb4474en>.

<sup>16</sup> SILVEIRA, Mateus. *O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA DIMENSÃO E A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE NA METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL*. Revista de Direito e Sustentabilidade, v. 4, n. 1, p. 130, 20 ago. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9687/2018.v4i1.4444>.

Para tanto, este estudo tem como parte dos seus objetivos específicos: realizar uma revisão teórica de conceitos e ideologias que atingem a construção do Direito, bem como estes são transmutados e condensados no Estado Constitucional de Direito, e as suas respectivas problemáticas. Preocupado com a efetividade dos valores fundamentais de dignidade da pessoa humana e equilíbrio ecológico, para os novos movimentos constitucionais e na preservação da Amazônia legal; é realizado, também, uma revisão sistemática de bancos de dados do INPE, projeto desmatamento (PRODES) e queimadas, dos últimos 20 anos. Identificando assim, problemas centrais ligados ao fenômeno de mudanças climáticas, bem como evidenciar que este é resultado de um problema político e social, que fazem parte da estrutura do Direito.

## 1 DIREITO E IDEOLOGIA: UM CONFLITO DE INTERESSES

O direito revela o seu papel civilizador no estabelecimento das relações sociais, e a forma jurídica opera não só uma dominação pelo normativismo técnico, mas também pelo seu caráter ideológico. Sob este prisma, é notório que a ideologia e o direito estão intimamente próximos, e também, estão para a sociedade como uma forma de dar legalidade às relações de dominação<sup>17</sup>.

A ideia naturalista do direito, como uma manifestação natural e necessária para regular as relações sociais com a emergência de sociedades complexas tem sua transmutação no preâmbulo do pensamento de Rousseau, na obra “*O contrato social*” (1762). A teoria naturalista, põem a vontade geral dos súditos como dirigentes do Estado. Esta teoria, apresentando o Estado de caráter impessoal e abstrato da vontade de particulares, pode ser vista como uma forma de acobertar o domínio (poder) de uma classe vencedora e legalizar o seu poder<sup>18</sup>. Outra vertente ideológica, que busca afastar o direito do entendimento das relações reais de poder e dar legalidade ao domínio de uma classe vencedora na sociedade, é o positivismo jurídico. A terminologia da palavra positivismo vem do “posto”, ou seja, a lei que é imposta pelo Estado. Este tem como grande pensador do Direito positivo: Hans Kelsen que buscou afastar o Direito dos aspectos metajurídicos. O autor postulou “*A teoria Pura do Direito*”, no qual, pauta o direito em puro normativismo, ou seja, norma pela norma. Este é expresso na relação *ser* e *dever ser* da norma, promovendo assim, um salto qualitativo do Direito, quando analisada a eficácia, contudo afastou os aspectos reais das relações sociais e sua relação com o estabelecimento da norma<sup>19</sup>.

Existem outras ideologias do direito, como os neokantianos, que buscam atribuir ao direito, uma justificativa do *querer* e da liberdade. Nessa ideologia burguesa, podemos destacar Stammler e Del Vecchio. Para Rudolf Stammler o início do processo é a *consciência*, não como aspecto psicológico, mas das ações, integrando o homem com a realidade, assim o agente é dotado da categorização, em sua finalidade, do *perceber* e *querer* (“*wollen*”), uma visão que transcende a relação sujeito e objeto, em referência a relação *ser* e *dever ser*; assim o direito é justificado como uma finalidade do *querer*. Para Giorgio Del Vecchio, na obra “*Evo-*

<sup>17</sup> MASCARO, Alysso Leandro. Introdução ao estudo do Direito - 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>18</sup> PACHUKANIS, Evguiéni B. A. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysso Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. – 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2017.

<sup>19</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito* - 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

*lução e Involução no Sistema Jurídico (1878)*”, é difícil chegar a um consenso universal do direito, pois está em constante evolução, além de ser uma condicionante das manifestações humanas, que são mutáveis, e assim, este se dá para relações do eu para outro eu (relação intersubjetiva), ou do eu para o objeto (coisa); com efeito, este é dotado da parte valorativa (moral) das ações humanas, no qual é indissociável do aspecto da liberdade e convivência social.

Na sociedade contemporânea e capitalista, o direito opera a partir de suas especificidades, e quando este por meio das suas normas, declara que todos são iguais perante a lei, na verdade, está procedendo a uma dominação ao mesmo tempo, técnica e ideológica; esta é ideológica porque deixa entender uma igualdade que é só normativa e simbólica, mas não dotada de concretude nas relações sociais. Com efeito, ao postular normativamente, uma igualdade entre o capitalista e proletariado, o sistema jurídico nivela com a mesma medida, dois sujeitos desiguais, sem igualar suas condições. Desta forma, o direito não é um corretivo estrutural da desigualdade e tão pouco um provedor da efetiva liberdade, mas atua, para simbolicamente camuflar as injustiças estruturais por meio de normas aparentemente justas no que tange à sua forma e finalidade<sup>20</sup>.

A partir deste diapasão, fica evidente que os conceitos jurídicos gerais podem entrar, e de fato entram, como parte de processos e de sistemas ideológicos, que buscam afastar o direito das relações reais inclusivas e atribuir valor às justificativas abstratas como forma de legalidade à dominação de classes. Contudo, assim como a ideologia está para o direito, está também transmuta ao Estado, uma vez que o direito é utilizado como instrumento político e social deste.

O Estado é uma forma de socialização e de ordenamento ao sujeito de direito, estruturalmente este se encontra entrelaçado ao ordenamento jurídico e de produção econômica internacional<sup>21</sup>. A teoria naturalista de Rousseau, coloca o Estado como fruto de uma emergência natural de sociedades complexas, no qual, seria impossível permanecer no estado de natureza. Para pensadores do direito positivo como Kelsen, o conceito de Estado e direito, se confundem, e ambos podem ser categorizados a um reducionismo normativo e jurídico. Para pensadores da teoria do direito do século XX, como Evguiéni B. Pachukanis, o Estado é uma forma de estrutura ideológica que permite que as relações específicas do capitalismo aconteçam, garantindo assim, o domínio de uma classe detentora do capital e bens valorativos. Ainda para o autor, essa dicotomia do Estado natural, contribui para acobertar o conflito de classes, uma vez que o Estado é categorizado como uma vontade de todos.

Na sociedade contemporânea, o fato é que é através do chamado Estado de Direito, que este dá legalidade às relações econômicas e atua como um terceiro, e assim, garante que tais relações de troca e a forma-valor do capital aconteçam. Contudo, o Estado é capitalista devido à forma que é estruturado, permite e participa de tais relações de troca do capital. Adicionalmente, às instituições jurídicas do Estado, operam por meio de suas constituições, códigos e artigos jurídicos<sup>22</sup>. Com efeito, o Estado se torna uma força centrífuga de luta entre espoliadores e espoliados, e por meio da formação de instituições e contra-instituições, o jogo político levanta a defesa de interesse de particulares<sup>23</sup>. Ao decantar essas ideias é possível

<sup>20</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

<sup>21</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

<sup>22</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

<sup>23</sup> FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito* - 11ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1982.

notar que o direito, além de um instrumento político do Estado, é uma forma de garantir os valores fundamentais e reais de poder na sociedade, em uma perspectiva de socializar e punir as relações humanas.

## 2 ESTADO E CONSTITUIÇÃO: UMA CONDENSAÇÃO DE VALORES

Na modernidade, as relações contratualistas operam a partir das normas específicas que estabelecem as regras do Estado, por meio da constituição. No seu sentido social, Ferdinand Lassalle, em sua produção intelectual “*O que é uma constituição?*”, esta pode ser entendida como os valores fundamentais e reais que possuem relação com o poder dentro de um Estado. Assim, os estados que apresentam uma organização político-jurídica, possuem ou já possuíram uma constituição<sup>24</sup>. No seu sentido histórico, o fato é que o movimento constitucionista liberal clássico, do século XVIII, como os movimentos político-sociais Inglês, Americano e Francês representam uma ruptura da estrutura dos Estados Absolutistas, no sentido econômico e social<sup>25</sup>, atribuindo a titularidade dirigente do poder político ao povo<sup>26</sup>. Com efeito, o Estado é amparado de uma especificidade jurídica e constitucional, no qual, permite que as relações particulares dotadas de liberdade, individualidade e reconhecimento como sujeito de direito para a burguesia aconteça<sup>27</sup>.

A constituição moderna exerce um papel fundamental, no qual estrutura e disciplina as relações políticas e liberais, estabelecendo limites para o poder do Estado. Adicionalmente, a constituição passa ser um dos elementos centrais ao Estado legislativo, e justificada através da titularidade legítima de poder do povo<sup>28</sup>. Desta forma, podemos dizer que a constituição condensa os valores fundamentais das relações sociais e certamente, a constituição apresenta seu caráter soberano, uma vez que é estabelecida com relação direta aos movimentos de independência de uma nação.

O movimento histórico e global, no qual as diferentes nações foram proclamando sua independência de seus conflitos de classes e interesses, nos séculos XVIII e XIX, ficou conhecido como difusão do constitucionalismo<sup>29</sup>. O fato é que mesmo esse movimento realizado por diversas nações, e representando a soberania dos povos, não se exclui das relações internacionais econômicas; e assim as nações foram apresentando os chamados valores fundamentais, para garantir que as relações econômicas e sociais de caráter liberal fossem garantidas<sup>30</sup>. Contudo, não é factível atribuir a falta de pluralidade de uma nação que a constituição

<sup>24</sup> NEVES, Marcelo. *COMPARANDO TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE MUNDIAL ASSIMÉTRICA: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas*. Revista da Agu, Brasília-DF, v. 14, n. 3, p. 37-58, 2015. <http://dx.doi.org/10.25109/2525-328x.v.14.n.3.2015.695>.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social* - 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

<sup>27</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social* - 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

<sup>29</sup> BRAGA, Ricardo Peake. *PANCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E JURISTOCRACIA*. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 10, n. 20, p. 125, 15 maio 2020. Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v10e202020125-135>.

<sup>30</sup> SILVA, Alessandra Malheiros Fava da. *CONSTITUCIONALISMO MODERNO: simbologia das revoluções liberais-burguesas*. Revista Brasileira de Teoria Constitucional, v. 6, n. 1, p. 57, 18 ago. 2020. Conselho Nacional de



moderna não contempla, e sim pela estrutura de reprodução das relações comerciais que reside no seu locus.

O aspecto liberal que o constitucionalismo moderno era assento, de separação dos poderes, liberdade, igualdade e eivado de simbolismo. Com efeito, esta doutrina proclamada para todas as classes, era excludente quando analisada na concretude das relações sociais. A despeito deste paradoxo, as lutas das classes excluídas foram um marco importante para a evolução da constituição no seu aspecto social e político do Estado<sup>31</sup>. Até 1945, a constituição na maior parte da Europa, é caracterizada pela supremacia do Poder Legislativo. Este sistema normativo, que contempla este constitucionalismo moderno, é classificado como Direito de primeira dimensão, devido aos seus aspectos simbólicos e axiológicos limitados e pouco contemplados. Contudo, em 1948, após a Segunda Guerra Mundial e diante catástrofe que chocou a humanidade, a *declaração universal dos direitos humanos* é oficializada, dentre as preocupações de evitar estabelecimento de novos Estados totalitários, mortes generalizadas e um novo holocausto. Esta traz em seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade humana e da família, o direito de igualdade como inalienável, bem como o fundamento de liberdade, justiça e da paz no mundo. Com efeito, as normas estabelecidas na declaração se tornam não apenas normas, mas *valores fundamentais* que devem reger em qualquer nação que tenha relações internacionais, e assim devem constar nas constituições das nações que assim fazem parte da *Organização das Nações Unidas* (ONU).

Dentro deste contexto que o conflito mundial do século XX trouxe, o direito passa a ser visto no seu sentido axiológico. Desta forma, um movimento constitucionalista contemporâneo, também chamado de direito de segunda dimensão ou neoconstitucionalismo, colocam a igualdade, fraternidade e solidariedade como valores fundamentais desta onda constitucional. Assim, ocorre a transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, destacando a constituição como soberana, cuja efetividade das relações sociais passam a ser preocupação para evitar diferentes conflitos. A centralidade dos direitos fundamentais, são diretrizes básicas para o bem-estar da humanidade, como colocou a *declaração universal dos direitos humanos* em 1948. O direito passa a ter uma preocupação não somente com a escritura, mas com a operação do jurista, no qual deve se aproximar da ética e dos valores sociais. Com efeito, emergiu uma dogmática nova para a jurisprudência, e assim o Estado apresenta o seu aspecto Social<sup>32</sup>.

### 3 CONSTITUIÇÃO E MEIO AMBIENTE: UMA CONSTITUIÇÃO DE FUTURO

Para Rudolf von Ihering, na Obra “*A luta pelo Direito*”, o direito é uma luta de Estados, povos, classes e indivíduos, e assim, todos os direitos da humanidade foram conquistados através da luta. Por isso o direito além de uma força viva é uma luta de todos. O fato é que

---

Pesquisa e Pos-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-961x/2020.v6i1.6507>.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social* - 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, [S.L.], v. 240, p. 1, 21 jan. 2015. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

após a Segunda Guerra Mundial, conflito que acachapou a humanidade, teve suas consequências, dentre elas a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, no qual, colocam o reconhecimento da liberdade, dignidade, bem-estar e diversidade dos povos, como valores fundamentais da humanidade. Com efeito, a dicotomia do direito é avançada, uma vez que valores como a liberdade, reconhecimento da diversidade, luta contra o racismo, sexismo, miséria e qualquer tipo de opressão se torna preocupação constitucional e jurídica.

Os direitos humanos de terceira dimensão, incorporam princípios como à fraternidade e solidariedade de forma efetiva como valores fundamentais, no sentido axiológico, são incorporados no neoconstitucionalismo. Dentro deste contexto, para o jurista argentino José Roberto Dromi o futuro do constitucionalismo “*deve identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade*”. Com efeito, a constituição de futuro deve seguir estes sete valores supremos.

A constituição como valor supremo, soberano, fraternal e solidário de uma nação, não se esquivava da influência internacional. Visto que os estados e povos, possuem valores e utilizam os recursos naturais de formas diferentes, assim como realizar relações de troca e valor, o conflito é iminente. Para Marcelo Neves, o conceito de transconstitucionalismo, se torna importante para a efetividade da resolução de conflitos sob uma ótica pluri-indivíduo no ordenamento jurídico. O autor conceitua, o transconstitucionalismo como a relação entre o desenvolvimento de problemas jurídicos que transmutam as diversas ordens jurídicas<sup>33</sup>. Com efeito, uma problemática transconstitucional acarretará conflitos que poderá dialogar com tribunais Estaduais, internacionais, supranacionais, transnacionais, até mesmo com institutos jurídicos de locais nativos<sup>34</sup>.

O conceito de transconstitucionalismo se torna importante para debater sobre interesses difusos dos povos e nações, a questão ambiental se enquadra nesse sentido. Com efeito, este diálogo poderia ser um avanço no campo da efetividade de políticas ambientais. Quando se fala em direito ambiental, ou meio ambiente propriamente dito, também está se falando do direito à vida, uma vez que é nesse meio que ocorre todas as formas de vida e interações bióticas e abióticas, fundamentais para a formação e estabelecimento da vida<sup>35</sup>. Com efeito, a preocupação com a saúde e a qualidade de vida está totalmente relacionada ao meio ambiente. Assim, dentro da terceira dimensão dos humanos que é a fraternidade, o meio ambiente é um dos seus princípios fundamentais. Além disso, o meio ambiente é um interesse coletivo, uma vez que este apresenta o seu caráter de ubíquo e de indivisibilidade<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. COMPARANDO TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE MUNDIAL ASSIMÉTRICA: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. *Revista da Agu*, Brasília-DF, v. 14, n. 3, p. 37-58, 2015. <http://dx.doi.org/10.25109/2525-328x.v.14.n.3.2015.695>.

<sup>34</sup> NEVES, Marcelo. *From transconstitutionalism to transdemocracy*. *European Law Journal*, v. 23, n. 5, p. 380-394, set. 2017. <http://dx.doi.org/10.1111/eulj.12259>.

<sup>35</sup> CHAPIN, F. Stuart, P. A. Matson, and Harold A. Mooney. *Principles of Terrestrial Ecosystem Ecology*. New York: Springer, 2002.

<sup>36</sup> SILVEIRA, Mateus. *O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA DIMENSÃO E A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE NA METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL*. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, v. 4, n. 1, p. 130, 20 ago. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9687/2018.v4i1.4444>.

#### 4 SOCIEDADE E CRISE AMBIENTAL: UM DEBATE SOBRE EFETIVIDADE

O caráter difuso e global que a preocupação humanitária em relação à degradação ambiental foi acentuado no século XX. Os recursos ambientais não renováveis, além de ter o seu caráter esgotável, condicionam mudanças ambientais muitas vezes irreversíveis e uma ameaça às atuais formas de vida<sup>37</sup>. Sob forte preocupação internacional, a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente de 1972, realizada em Estocolmo, Suécia, foi um marco importante para a elaboração das Políticas Internacionais do Meio Ambiente. O meio ambiente passa a ser uma preocupação coletiva, difusa, apresentando o caráter de ubiquidade, ou seja, é um bem que não encontra fronteiras espaciais e territoriais, a exemplo o recurso solar, ciclo da água e ventos. Assim, o equilíbrio ecológico se torna uma preocupação que transcende fronteiras, essencial para abrigo e conservação da vida.

O Brasil, além de ter sido fortemente influenciado pelas conferências internacionais do meio ambiente, incorporou em sua constituição de forma fraterna e moderna, a proteção do meio ambiente como um dos princípios fundamentais, a exemplo o ART.225 da CF/88: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. Contudo, nossa Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), ainda é falha e a efetividade contra a impunidade ambiental precisa ser debatida.

Atualmente, uma das maiores preocupações da humanidade se encontra em torno da crise sanitária provocada pela COVID-19, a segurança alimentar ocasionada pelas desigualdades sociais, e as mudanças climáticas, sendo um risco para todas as formas de vida do planeta<sup>38</sup>. Esta situação de colapso ambiental, se deve em grande parte pelo aumento da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento<sup>39</sup>. Este cenário, de emergência climática, certamente é um alerta vermelho à humanidade, à família humana, e principalmente ao bem-estar das comunidades e nações mais pobres.

No Brasil, uma pesquisa realizada pela Fiocruz e WWF-Brasil evidencia que os incêndios florestais na Amazônia foram responsáveis pelo acréscimo de internações por doenças respiratórias nas pessoas, nos últimos 10 anos (2010-2020). Além disso, as hospitalizações promoveram aumento de gastos públicos em 1 bilhão. Neste sentido, o trabalho mostra que no estado do Amazonas, 87% das internações hospitalares, e 68% no Pará, 70% no Mato Grosso e 70% em Rondônia, no período analisado; sendo estes relacionados a altas concentrações de fumaça, e as doenças respiratórias associadas às altas concentrações de partículas poluentes emitidas por incêndios florestais respondem por 70% das internações hospitalares.

Diante desta problemática atual, dados disponibilizados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), projeto PRODES, disponível em: <http://terrabrasilis.dpi.inpe.br/>,

<sup>37</sup> CHAPIN, F. Stuart, P. A. Matson, and Harold A. Mooney. *Principles of Terrestrial Ecosystem Ecology*. New York: Springer, 2002.

<sup>38</sup> FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO), WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *The State of Food Security and Nutrition in the World 2021. Transforming food systems for food security, improved nutrition and affordable healthy diets for all*. Rome, FAO; 2021. <https://doi.org/10.4060/cb4474en>.

<sup>39</sup> Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). *Global Warming of 1,5 °C*. Switzerland, 2018, p. 18.

no qual monitora desde 1988, por técnicas de sensoriamento remoto, a taxa de desmatamento e retirada da cobertura florestal por corte raso na Amazônia. Neste contexto, através de uma análise estatística sistemática no software R version 4.0.3 (2020-10-10), trazem preocupações alarmantes, para a questão do desmatamento na Amazônia. Estes nos mostram que de 2004 a 2020, ocorreu um intenso aumento do desmatamento na Amazônia Legal (AML). Destes, o Estado do Pará concentrou 40% da ocorrência do desmatamento e o Estado do Tocantins representa 1%.

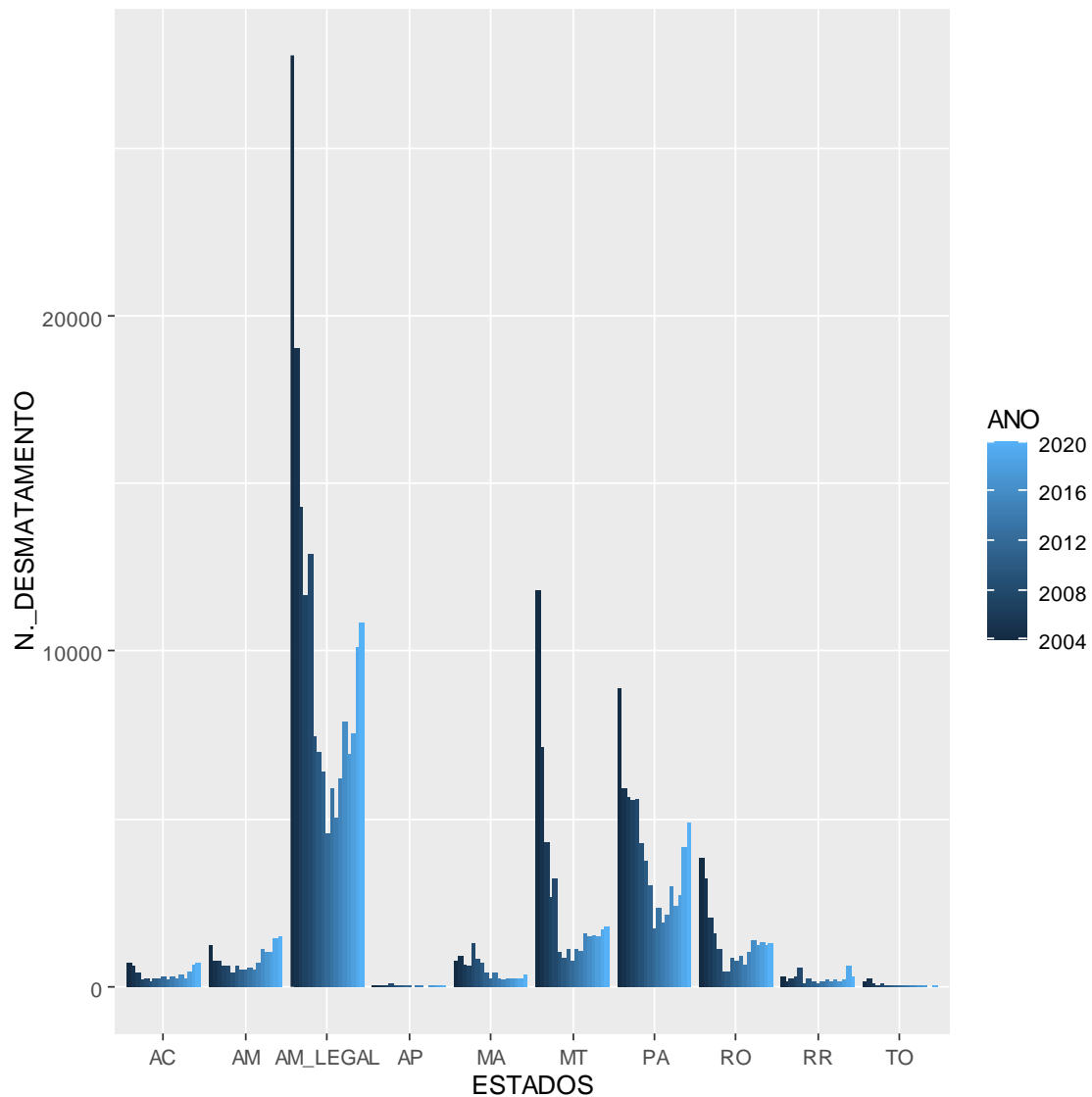
Dados anuais captados por imagens de satélite e técnicas de sensoriamento remoto no período de 2000 a 2020, de acordo com INPE, projeto queimadas, disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br>; e também processados por análise estatística sistemática, nos mostram que o Bioma da Amazônia e Cerrado, quando comparado com os demais, é o que apresenta maiores focos de queimadas (Figura 2), sendo a maior concentração no Estado do Amazonas (Figura 3).

Diante desta degradação ambiental, dados de monitoramento na Amazônia com projeto PRODES, apontam forte correlação com a atividade da pecuária<sup>40</sup>, e estudos utilizando imagens de satélites Landsat – TM e CBERS CCD, demonstram que os padrões de desmatamento no cerrado, em 70% dos alertas estavam associados a expansão da pecuária<sup>41</sup>. Assim, isto se deve, possivelmente, à maior concentração de biomassa florestal acima do solo, bem como estes são queimados para a instalação da pecuária na região. Contudo, esses fatos evidenciam a falta de efetividade em proteger um bioma considerado patrimônio da União, inciso VIII do § 4º do Art. 225 da Constituição Federal, em detrimento do desmatamento, aumento de queimadas e expansão da pecuária.

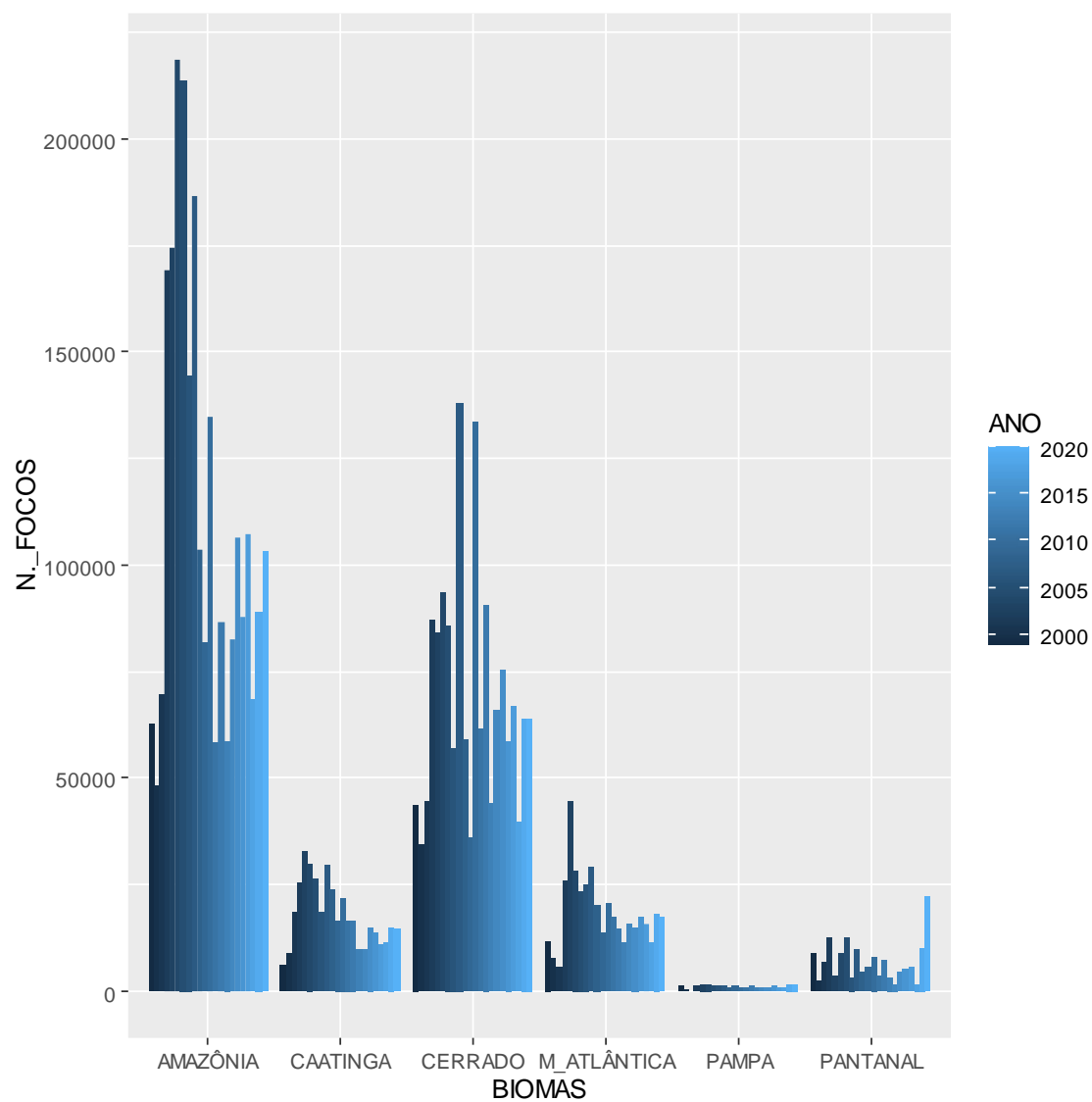
Adicionalmente, esta área no qual, o poder executivo e deliberativo, deveria aplicar à fiscalização e regulamentação mais rigorosa, de acordo com a lei 6.938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Proteção do Meio Ambiente. Entretanto, os dados mostram justamente o contrário, a AML é a área mais exposta ao desmatamento e focos de queimadas (Figura 1 e 3).

<sup>40</sup> RIVERO, Sérgio; ALMEIDA, Oriana; ÁVILA, Saulo; OLIVEIRA, Wesley. *Pecuária e desmatamento: uma análise das principais causas diretas do desmatamento na amazônia*. Nova Economia (UFMG. Impresso), v. 19, n. 1, p. 41-66, 2009. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-63512009000100003>.

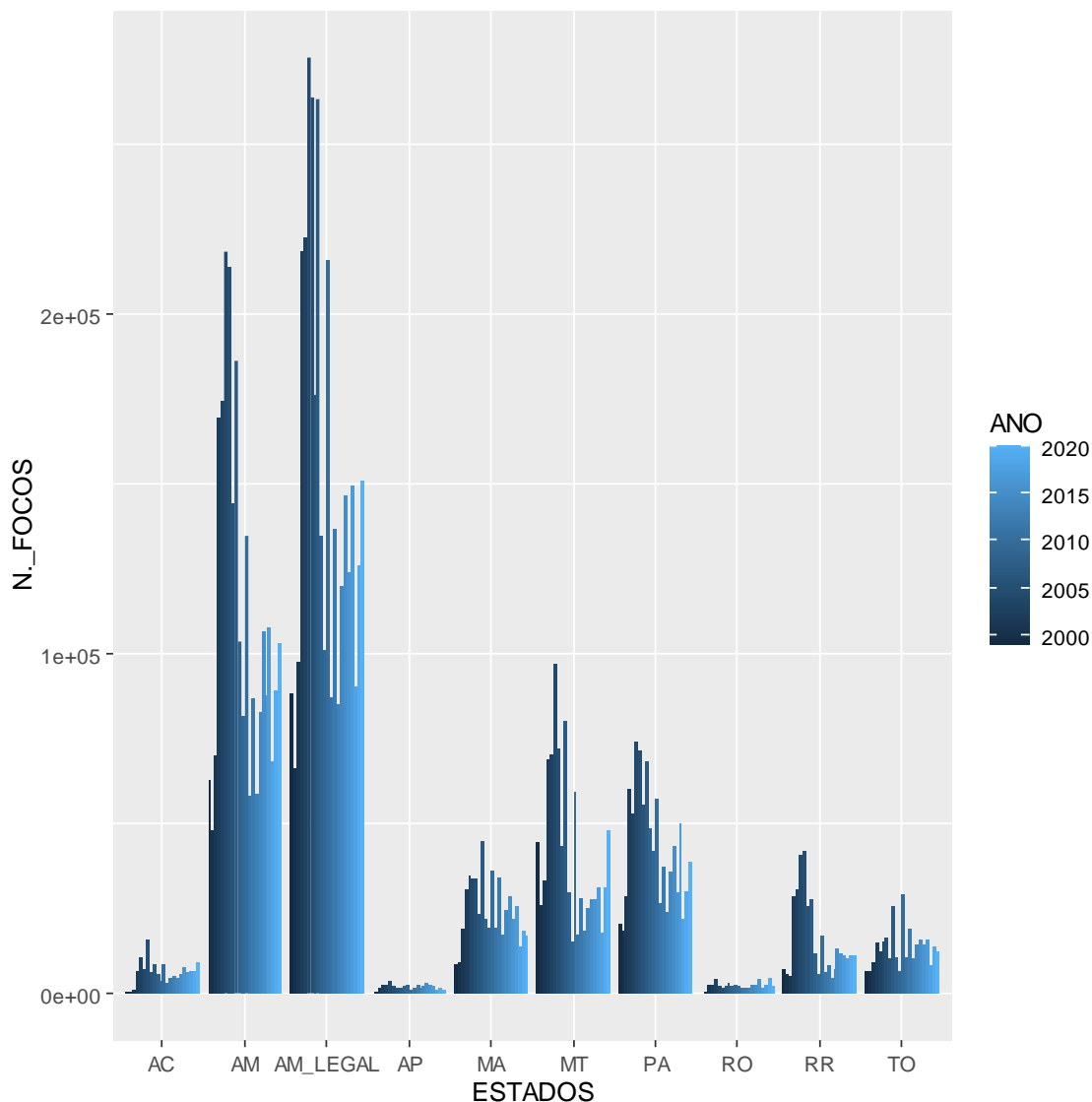
<sup>41</sup> ROCHA, G. F.; FERREIRA JR, L. G.; FERREIRA, N. C.; FERREIRA, M. E.. *DETECÇÃO DE DESMATAMENTOS NO BIOMA CERRADO ENTRE 2002 E 2009: PADRÕES, TENDÊNCIAS E IMPACTOS*. REVISTA BRASILEIRA DE CARTOGRAFIA (ONLINE), v. 63, p. 341-349, 2011.



**Figura 1.** Série histórica de dados de desmatamento em km<sup>2</sup>, com valores de 2004 a 2020, nos diferentes Estados brasileiros que contemplam a Amazônia Legal. Fonte de dados, projeto PRODES- INPE, e processados no software R project.



**Figura 2.** Série histórica com número de focos de queimadas de 2000 a 2020, nos diferentes biomas brasileiros. Fonte de dados, INPE e processados no softawre R project.



**Figura 3.** Série de dados disponibilizados pelo INPE e processados, com os diferentes números de queimadas de 2000 a 2020, quando comparado entre os diferentes Estados da região Amazônica.

Contudo, este trabalho evidencia que o Brasil apresenta princípios modernos e de terceira dimensão dos direitos humanos, entretanto, estes dispõem de uma falta de efetividade na aplicação ambiental. Uma vez que regiões preservadas, como Amazônia Legal, é a mais queimada e desmatada. O que põem a necessidade do país, apresentar uma efetividade jurídica para a tutela do meio ambiente, dentre a preocupação global do meio ambiente.

Ainda sobre a falta de efetividade, em 2021, o Ministro do Meio Ambiente do Brasil, Ricardo Salles, foi apontado pela Polícia Federal, em um envolvimento de um possível esquema de corrupção para exportação de madeira ilegal. Com o ocorrido, o ministro pediu demissão do cargo.

Analisando o contexto ambiental apresentado neste trabalho, é possível relacionar com a teoria do jurista e professor Marcelo Neves que atribui um caráter simbólico, a esta falta de efetividade estabelecida na constituição e aplicadas na sociedade. Para o autor, a

constituição passou a ser simbólica, pois, seus princípios fundamentais não foram concretizados juridicamente<sup>42</sup>. De fato, a Constituição Federal de 1988 perfaz de diversos princípios, porém, pouco efetiva, adicionalmente, este também é consequência de uma corrupção sistêmica de ordem pública.

## ■ CONCLUSÕES

Diante do debate teórico e conceitual sobre o Direito e Ideologia, é possível notar que este é evadido de conflitos de classes, povos e Estados. Com efeito, a positivação do Direito, quando transmutado ao Estado, resulta em uma falta de efetividade nas relações sociais, uma vez que este mostra o seu papel excludente de classes e sujeitos de direitos menos favorecidos economicamente.

O Estado é responsável pela forma de socialização e de ordenamento do sujeito de direito. Pois, os súditos se encontram estruturalmente regidos pelo sistema, no qual é entrelaçado ao ordenamento jurídico e da produção econômica nacional e internacional. A despeito do papel do Estado, o fato é que é através do chamado Estado de Direito, que estas relações apresentam o seu caráter de legalidade, assim este permite e participa de tais relações de troca do mercado, como um terceiro agente.

A constituição, no sentido social, exerce o seu papel de condensação de valores fundamentais que possuem relação com o poder dentro de um Estado. Com efeito, emerge as diretrizes da organização político-jurídica do Estado, para que a burocracia e racionalismo transfigurem a efetividade de um governo. Neste sentido, as revoluções constitucionalistas liberais do século XVIII, foram fundamentais para a perspectiva do estabelecimento da titularidade do poder da população de um Estado, assim como o preâmbulo de valores fundamentais como liberdade, igualdade e fraternidade. Entretanto, o caráter não inclusivo do direito positivo, perpassa a mais conflitos, explorações e crises econômica e social.

A preocupação com a efetividade dos valores fundamentais, levaram o direito a outras dimensões, assim as constituições mais modernas passam a estabelecer valores e direitos fundamentais da dignidade humana. Nesse sentido, esse movimento de neoconstitucionalismo, leva o direito para além do monismo jurídico e sua tradicional dicotomia, transmutando os valores mais pluralista e reconhecimento da diversidade, que constitui a realidade da sociedade.

O meio ambiente como provedor da condição de todas as formas de vida, interações bióticas e abióticas, fundamentais para produção de alimento e bem-estar da humanidade, passa a ser um interesse e valor fundamental das pessoas. O Brasil, influenciado por estes movimentos e valores constitucionais, estabelece na constituição de 1988, o meio ambiente direito de todos, pautando o equilíbrio ecológico como fundamental, bem como o uso deste como essencial à qualidade de vida. Em decorrência deste fato, no art. 225 da CF/88 impõem ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservá-lo.

<sup>42</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica: Uma Síntese*. Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco, Recife, v. 1, p. 37-75, 1997.



Contudo, este trabalho mostra que apesar de o Brasil definir o equilíbrio ecológico e conservação do meio ambiente como um dos princípios fundamentais e modernos das suas cláusulas pétreas, este dispõe de uma falta de efetividade na aplicação ambiental. Uma vez que uma região como a Amazônia Legal, é a que mais sofre com a degradação ambiental. Assim, este caráter simbólico e positivado da legislação, transmuta ao meio ambiente e contribui para o seu caráter pouco efetivo. A falta de efetividade é passada não somente para o campo deliberativo como executivo, o que demonstra que a fraternidade na preservação ambiental precisa ser aplicada de forma concreta, para questões centrais identificadas na Amazônia legal como o desmatamento, aumento de queimadas e expansão da pecuária.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, [S.L.], v. 240, p. 1, 21 jan. 2015. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social* - 8ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

BRAGA, Ricardo Peake. *PANCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E JURISTOCRACIA*. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 10, n. 20, p. 125, 15 maio 2020. Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v10e202020125-135>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CHAPIN, F. Stuart, P. A. Matson, and Harold A. Mooney. *Principles of Terrestrial Ecosystem Ecology*. New York: Springer, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Lider, 2005.

DROMI, José Roberto. *La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”*. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord). *El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana*. Madri: Fundación BBV, 1997.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO), WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *The State of Food Security and Nutrition in the World 2021*. Transforming food systems for food security, improved nutrition and affordable healthy diets for all. Rome, FAO; 2021. <https://doi.org/10.4060/cb4474en>.

FELLER, Urs. *Drought stress and carbon assimilation in a warming climate: reversible and irreversible impacts*. Journal Of Plant Physiology, [S.L.], v. 203, p. 84-94, set. 2016. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jplph.2016.04.002>.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito* - 11ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1982.

- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo, 2009.
- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). *Global Warming of 1,5 °C*. Switzerland, 2018, p. 18.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição* - 4ª edição. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do Direito* - 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.
- NEVES, Marcelo. *COMPARANDO TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE MUNDIAL ASSIMÉTRICA: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas*. Revista da Agu, Brasília-DF, v. 14, n. 3, p. 37-58, 2015. <http://dx.doi.org/10.25109/2525-328x.v.14.n.3.2015.695>.
- NEVES, Marcelo. *From transconstitutionalism to transdemocracy*. European Law Journal, v. 23, n. 5, p. 380-394, set. 2017. <http://dx.doi.org/10.1111/eulj.12259>.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica: Uma Síntese*. Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco, Recife, v. 1, p. 37-75, 1997.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. A. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. – 1ª Edição. São Paulo: Boitempo, 2017.
- R Core Team (2020). *R: A language and environment for statistical computing*. R Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria. URL, <https://www.R-project.org/>.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito* - 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- RIVERO, Sérgio; ALMEIDA, Oriana; ÁVILA, Saulo; OLIVEIRA, Wesley. *Pecuária e desmatamento: uma análise das principais causas diretas do desmatamento na amazônia*. Nova Economia (UFMG. Impresso), v. 19, n. 1, p. 41-66, 2009. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-63512009000100003>.
- ROCHA, G. F.; FERREIRA JR, L. G.; FERREIRA, N. C.; FERREIRA, M. E.. *DETECÇÃO DE DESMATAMENTOS NO BIOMA CERRADO ENTRE 2002 E 2009: PADRÕES, TENDÊNCIAS E IMPACTOS*. REVISTA BRASILEIRA DE CARTOGRAFIA (ONLINE), v. 63, p. 341-349, 2011.
- SILVA, Alessandra Malheiros Fava da. *CONSTITUCIONALISMO MODERNO: simbologia das revoluções liberais-burguesas*. Revista Brasileira de Teoria Constitucional, v. 6, n. 1, p. 57, 18 ago. 2020. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-961x/2020.v6i1.6507>.
- SILVEIRA, Mateus. *O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA DIMENSÃO E A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE NA METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL*. Revista de Direito e Sustentabilidade, v. 4, n. 1, p. 130, 20 ago. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9687/2018.v4i1.4444>.
- World Wildlife Foundation (WWF). *Brazilian Amazon: potential impacts of wildfires on human health in the context of the expansion of covid-19*. Technical note, p. 1, 9, 2021.



## O LETRAMENTO VERNACULAR É UM DIREITO FUNDAMENTALMENTE HUMANO: OS DIÁLOGOS PEDAGÓGICOS COMO PRÁTICAS SOCIAIS PARA O ENSINO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL

VERNACULAR LITERACY IS A FUNDAMENTALLY HUMAN RIGHT: PEDAGOGICAL DIALOGUES AS SOCIAL PRACTICES FOR TEACHING BASIC EDUCATION IN BRAZIL

ALEXANDRA GOMES DOS SANTOS MATOS\*

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o letramento vernacular como promotor de uma educação cidadã. Por assim ser, trata-se de direito fundamentalmente humano, essencial à perseguição de demais prerrogativas. Para tanto, inicia-se uma abordagem jurídica sobre a discordância teórica acerca da forma como a academia tem cunhado esse estudo. Nessa esteira de entendimento, opta-se pela análise bonavidiana, de consenso majoritário entre os constitucionalistas, que depõe a favor da “dimensão” teórica dos direitos fundamentais, preterindo o que se nomina como “geração”. Nesse sentido, importa consignar a diferença entre os direitos humanos e os fundamentais, demarcando o letramento vernacular como fundamentalmente humano, assim como o é a educação. Não à toa, a educação pública, ao ser fragilizada, promove verdadeiro desmonte na democracia brasileira, motivo pelo qual é mister que a escola oportunize efetivo aprendizado da norma padrão da língua portuguesa, linguagem por meio da qual os gêneros jurídicos se manifestam. Esta pesquisa é bibliográfica, com coleta de dados qualitativa, e aponta para a necessidade de que a escola pública garanta não apenas o acesso, no Brasil, mas também o padrão mínimo de qualidade, sob pena de esfacelamento da própria democracia do Brasil.

**Palavras-chave:** Democracia. Constituição da República Federativa do Brasil. Ensino. Aprendizagem efetiva. Direito internacional.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze vernacular literacy as a promoter of citizen education and, therefore, it is a fundamentally human right, essential to the pursuit of other prerogatives. Therefore, a legal approach to the theoretical disagreement about the way in which the academy has coined this study begins. In this wake of understanding, we opt for the Bonavidian analysis, with a majority consensus among constitutionalists, who testify in favor of the theoretical “dimension” of fundamental rights, disregarding what is called “generation”. In this sense, it is important to note the difference between human and fundamental rights, demarcating vernacular literacy as fundamentally human, just as education is. It is no wonder that public education, when weakened, promotes a real dismantling in Brazilian democracy, which is why it is essential that the school provide effective learning of the standard norm of the Portuguese language, the language through which the legal genres manifest themselves. The research is bibliographical, with qualitative data collection, and points to the need for public schools to guarantee not only access, in Brazil, but also the minimum standard of quality, under penalty of ruining Brazil's own democracy.

**Keywords:** Democracy. Constitution of the Federative Republic of Brazil. Teaching. Effective learning. International right.

\* Mestre e graduada em Letras Vernáculas pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB).  
Especialista em Estudos Linguísticos e Literários pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).  
Bacharel em Direito pela UFBA.  
[allmattos@yahoo.com.br](mailto:allmattos@yahoo.com.br)

Recebido em 05-12-2021 | Aprovado em 21-1-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 DIREITOS HUMANOS X DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PESSOA HUMANA: GERAÇÕES OU DIMENSÕES JURÍDICAS?; 3 ENTRE AS CINCO DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PESSOA HUMANA — O LETRAMENTO VERNACULAR COMO PROMOTOR DE UMA EDUCAÇÃO CIDADÃ NO BRASIL; CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Em cinco de outubro de 1988, promulga-se a Constituição da República Federativa do Brasil, doravante CRFB/88, demarcando-se, juridicamente, os ares de redemocratização do país. O constituinte originário, logo nos incisos do primeiro artigo, define os cinco fundamentos pelos quais é erigida a República Federativa do Brasil, a saber: “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”<sup>1</sup>. O inciso III, ao tutelar a dignidade da pessoa humana, demonstra não apenas alinhamento com a internacionalização dos direitos humanos, após o fim da segunda guerra mundial; mas também com a história pregressa dos constituintes da Casa Legislativa daquele momento, bem como com os pressupostos kantianos. A maioria desses integrantes do processo de construção textual da CRFB/88 advém de perseguições políticas, ocorridas entre 1964 e 1985, o que determinaria também para que a dignidade da pessoa humana alcançasse a posição de princípio basilar dessa constituição.

A CRFB/88, em seu título II, com o escopo de tratar dos direitos e garantias essenciais à pessoa humana, divide-se, para fins organizacionais, em cinco capítulos, a saber: “direitos individuais e coletivos”, “direitos sociais”, “nacionalidade”, “direitos políticos”, bem como “partidos políticos”. Os dispositivos constitucionais, elencados pelo título supra, não apenas apresentam os direitos fundamentais à pessoa humana, meramente declaratórios, mas também as garantias (os remédios constitucionais<sup>2</sup>) por meio das quais o indivíduo pode assegurar tais direitos, se violados. Segundo Bonavides<sup>3</sup>, os direitos fundamentais são revestidos de caráter histórico, além de serem tidos, conforme enseja a própria terminologia, como essenciais para que se tenha uma vida humana digna.

Não se objetiva dissecar, de modo pormenorizado, cada um desses remédios constitucionais, por não ser o objetivo deste trabalho. Os sujeitos desta pesquisa, alunos de escola pública, apresentam baixo nível de letramento vernacular, necessitando de uma introdução inicial de como se organiza a sociedade brasileira, vinculada à forma como está estruturado o

<sup>1</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: SARAIVA. *Vade Mecum Saraiva*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 50.

<sup>2</sup> Não se pretende, por não ser o objetivo deste trabalho, pormenorizar cada um dos remédios constitucionais, (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção e ação popular), presentes ao longo do artigo quinto da CRFB/88. Eles são citados, neste trabalho, como mera exemplificação de formas pelas quais o indivíduo pode se valer, com vistas a assegurar o seu direito fundamental violado.

<sup>3</sup> BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

Estado na CRFB/88. Em linhas gerais, engendra-se um breve conceito para iniciantes no presente estudo, como forma de demonstrar a relevância desses remédios no processo de assegurar um direito fundamental violado ou ameaçado, promovendo a justiça social e perfazendo-se como importante garantia da democracia brasileira.

São seis os remédios constitucionais, como se verifica: *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e mandado de segurança. O *habeas data* está intimamente relacionado com o contexto de ditadura militar, no Brasil, tutelando o direito ao acesso de informações que se refiram à pessoa do impetrante nos arquivos e nos bancos de dados de entidades governamentais ou públicas. Ademais, possibilita que o indivíduo, inclusive, altere dados incorretos, caso se faça necessário. A ação popular, por seu turno, cabe a qualquer cidadão brasileiro, com vistas a anular ato lesivo ao meio ambiente, aos patrimônios públicos, históricos e culturais, remédio bastante pertinente frente aos ataques de Bolsonaro à democracia brasileira, ao acervo artístico do país, ao meio ambiente, dentre outros disparates desse Governo, apresentados nesta subseção, assim como no curso desta pesquisa. A ausência de conhecimento ou de um nível de letramento que viabilize tal intento faz com que o brasileiro não se sirva desses instrumentos democráticos, em prejuízo da própria democracia.

A ação civil pública, diferente da popular, é um remédio constitucional que apresenta rol específico de legitimados, como se nota: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, bem como as associações, desde que sejam interessadas e tenham, pelo menos, um ano de constituição. Tanto a ação popular quanto a civil pública tutelam bens coletivos, mas a segunda, dentre outras diferenças, pode ter como réus, além da administração pública, *qualquer pessoa física ou jurídica que tenha feito danos ao meio ambiente*, aos consumidores, assim como a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O mandado de injunção, na esteira dos estudos de Bahia<sup>4</sup>, é cabível para conferir efetividade a direito fundamental subjetivo que está tendo óbice para o seu exercício, em virtude de inércia legislativa para regulamentar a norma. Por fim, mas não menos importante, o mandado de segurança protege direito líquido e certo, isto é, documentalmente provado, podendo ser tanto de tutela coletiva quanto individual, desde que o responsável pela ilegalidade ou ameaça seja uma autoridade pública, podendo compreender também pessoa jurídica que exerça atribuição própria do Poder Público. Esses remédios constitucionais são garantias valiosas para fazer valer a democracia e os direitos fundamentais à pessoa humana. Entretanto, com baixo nível de letramento vernacular, essa complexidade democrática não costuma ser conhecida entre os brasileiros, obstruindo o seu pleno exercício cidadão, de que se resultam como inúteis, a despeito de sua relevância para a garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia do Brasil.

Todo brasileiro precisa ter, no mínimo, acesso à norma padrão de Língua Portuguesa (LP), manifestação linguística por meio da qual os gêneros jurídicos costumam ser organizados para ter condições de conhecer os seus direitos e defender a democracia brasileira. Dada a

<sup>4</sup> BAHIA, F. *Constitucional Prática*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

magnitude dos direitos fundamentais à pessoa humana, são revestidos de algumas características, como se verifica, ainda de acordo com o ensinamento de Bonavides<sup>5</sup>: inalienáveis (não podem ser vendidos, negociados ou transferidos); imprescritíveis (mesmo que o indivíduo não usufrua de um determinado direito; com o passar dos anos, ele não deixa de exigível); irrenunciáveis (o indivíduo, ao deixar de exercê-los, não pode renunciá-los); relativos (como são vários os direitos que buscam declarar dignidade à vida humana, eles podem entrar em conflito e, por isso mesmo, não podem ser considerados absolutos) e, por fim, personalíssimos (revestidos de conteúdo excessivamente pessoal, exceto no caso do direito à herança).

Eivados de humanidade, enquanto prerrogativas que o Estado reconhece como inerente a toda pessoa, sendo vedada quaisquer tipos de restrição, salvo se regulada por Lei, que tenha embasamento constitucional válido, os direitos fundamentais são constantemente atrelados à concepção desenvolvida por direitos humanos. Todavia, é mister reconhecer a diferença entre eles: enquanto os direitos humanos são de circunscrição internacional, os direitos fundamentais aparecem positivado no ordenamento jurídico pátrio, conforme ensinamentos de Bonavides<sup>6</sup>. Assim, os primeiros estão previstos na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>7</sup>, devendo ser assimilados por todas as nações que reconheçam o documento normativo referido e, até mesmo, por aquelas que não procedam de igual modo, se estiver em ameaça um direito humano que assegure a própria existência da sociedade internacional<sup>8</sup>, de acordo com o que leciona Portela<sup>9</sup>. Os direitos fundamentais, por seu turno, encontram sua validade nos direitos humanos; estando esculpido, como já considerado, na ordem jurídica do Brasil, caso da presente pesquisa.

Nessa formatação, o presente artigo responde à seguinte problemática: de que forma o nível de letramento vernacular de um indivíduo pode interferir no exercício pleno de sua cidadania? Na persecução dessa resposta, o presente trabalho tem como objetivo analisar o letramento vernacular como promotor de uma educação cidadã. Por assim ser, trata-se de direito fundamentalmente humano, essencial à perseguição de demais prerrogativas. Para tanto, inicia-se uma abordagem jurídica sobre a discordância teórica acerca da forma como a academia tem cunhado esse estudo. Nessa esteira de entendimento, por meio de revisão bibliográfica, com coleta qualitativa de dados, nos termos de Gil<sup>10</sup>, opta-se pela análise bonaviddiana, de consenso majoritário entre os constitucionalistas, que depõe a favor da “dimensão” teórica dos direitos fundamentais, preterindo o que se nomina como “geração”. Nesse sentido, importa consignar a diferença entre os direitos humanos e os fundamentais, demarcando o letramento vernacular como fundamentalmente humano, assim como o é a educação, conforme discussão vindoura.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 10 maio 2020.

<sup>8</sup> O Direito Internacional denomina de *jus cogens* as normas inderrogáveis pela vontade das partes. Sendo assim, todo país fica obrigado a se vincular a ela, independentemente de sua adesão ou não.

<sup>9</sup> PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*. JusPODIVM, Salvador, 11ª edição, 2019.

<sup>10</sup> GIL, A. C. *Como elaborar projeto de pesquisa?* 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

## 1 DIREITOS HUMANOS X DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e suas respectivas garantias fundamentais, pela sua própria grandeza, ao tutelar a pessoa humana, são, segundo o artigo quinto, parágrafo primeiro, da CRFB/88, normas coercitivas que “[...] têm aplicação imediata”<sup>11</sup>. Os direitos humanos, por sua vez, dada a sua relevância, podem ser alçados à posição de emenda constitucional, ou seja, passam a apresentar força de Lei Maior, à qual todo o ordenamento jurídico brasileiro deve se subjuar, como se nota a partir da leitura do artigo quinto, parágrafo terceiro, da CRFB/88:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>12</sup>.

O tratado internacional, que verse sobre direitos humanos e não se incline ao quórum, acima estabelecido, não apresenta status de emenda constitucional. Entretanto, segundo o entendimento adotado pelo STF, sob a narração dos estudos constitucionais de Novellino<sup>13</sup>, os documentos internacionais que não obedeçam a esse quórum têm status supralegal, ou seja, inferior à norma constitucional, mas superior à lei. Por outra via, “[...] os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária.”<sup>14</sup>. Tal reflexão só dimensiona o valor destinado aos direitos humanos, tanto na órbita internacional quanto na esfera brasileira, que é corroborado pelas palavras de Silva<sup>15</sup>, abaixo mencionadas:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição (...). É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora do catálogo. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser como tal considerados, a depender da análise de seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição<sup>16</sup>.

Ao adotar os direitos e garantias fundamentais à pessoa humana através da CRFB/88, o Brasil se filia a um sistema aberto, conforme acima referendado por Silva<sup>17</sup>. Logo, os direitos fundamentais não se restringem aos esculpidos pelo artigo quinto ou, até mesmo, pelo título

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

<sup>14</sup> Ibidem, p.472.

<sup>15</sup> SILVA, L. D. M. *A implementação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988*. Brasília, 2005.

<sup>16</sup> Ibidem, p.39.

<sup>17</sup> Ibidem.

II da CRFB/88 – já que não se trata de um rol taxativo ou, ainda, exaustivo. Por valorizar a pessoa humana como bem jurídico de maior monta, a CRFB/88 permite a ampliação desse leque de direitos fundamentais, por assim dizer, trata-se de um rol meramente exemplificativo. Por essa lógica, as normas propagadoras de direitos fundamentais “formais” podem figurar expressamente o texto da Lei Maior; já as normas “materiais”, embora revestidas de conteúdo constitucional, marcam sua presença fora do catálogo estabelecido pela CRFB/88.

Por óbvio, um direito pode ser considerado humano e fundamental, ao mesmo tempo, à guisa de exemplo, a educação. Esse bem social é um dos elencados no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sem dúvidas, trata-se de um dos mais importantes pelo seu caráter revolucionário, apto a promover não apenas a formação humanística, como também a científica, que oportuniza ampliar o conhecimento do cidadão, fazendo-o refletir criticamente. Nessa linha, a educação dignifica o homem quando o habilita a pensar, raciocinar e posicionar-se frente ao que lhe é apresentado. Dada a tutela internacional, a educação é um direito humano, como se verifica no artigo 26 da Declaração da ONU<sup>18</sup>:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Os pais têm um direito preferencial para escolher o tipo de educação que será dada aos seus filhos<sup>19</sup>.

A educação, como visto acima, é um direito humano, por ser positivado no plano jurídico internacional; assim como é também fundamental, por se fazer presente na CRFB/88, vide artigo 205<sup>20</sup>. Portanto, se o indivíduo tiver obstruído o acesso à educação, no caso de ausência de vagas em escola de rede pública, por exemplo, ele tem como se servir de meios (garantias fundamentais) para perseguir o seu respectivo direito. É possível fazer isso, através de um dos remédios constitucionais, o Mandado de Segurança<sup>21</sup>, que deve ser concedido, conforme inteligência do artigo quinto, inciso LXIX, da CRFB/88, para “[...], proteger direito líquido e certo [...]”<sup>22</sup>. Nesse caso específico, tem-se violado, via ausência de vaga, o acesso à educação, direito público subjetivo, fundamentalmente humano. Por assim ser, é um bem social revestido de liquidez e certeza, o que enseja a impetração de um Mandado de Segurança, como forma de reivindicá-lo.

Mas, não é em todo momento de sua história que a educação é vista desse modo no território brasileiro – já que ela só passa a ser direito de “todos” a partir da Constituição de

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem, on-line.

<sup>20</sup> Ibidem, p.106.

<sup>21</sup> Por ser mera exemplificação e não se constituir como o escopo deste trabalho, não se adentra nas especificidades jurídicas que configura a hipótese de impetrar um Mandado de Segurança. Caso haja a necessidade de um maior aprofundamento, é possível a leitura do dispositivo constitucional por completo, bem como de demais doutrinadores constitucionalistas, que são citados ao longo deste trabalho.

<sup>22</sup> Ibidem, p.51.



1934<sup>23</sup>. No trajeto de exclusão e desigualdade social sobre os quais se funda a história do Brasil, por óbvio que os direitos fundamentais não surgem de modo simultâneo, fazendo-se presentes a partir das demandas da época em que começam a ser concebidos. Por esse motivo, os estudiosos do direito constitucional costumam dividi-los em “dimensões” ou “gerações”. Essas duas palavras extenuam o quanto esses operadores jurídicos têm dissentido sobre o emprego de uma ou de outra terminologia, como expõe o tópico vindouro.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PESSOA HUMANA: GERAÇÕES OU DIMENSÕES JURÍDICAS?

Bonavides, como um constitucionalista de destaque no direito brasileiro, traz o seguinte posicionamento - no tocante ao estudo das “dimensões” ou “gerações” dos direitos fundamentais à pessoa humana e a celeuma que tem envolvido a sua nomeação: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”<sup>24</sup>. Os doutrinadores, que discordam desse posicionamento, admitem que existam “dimensões dos direitos fundamentais”, embasando sua argumentação no fato de que o termo “gerações” é inadequado, por fazer suscitar uma falsa ideia de que uma geração substituiria a outra, à proporção que as demandas enunciativas de um dado contexto histórico passasse a exigir a expansão do rol que compreende os direitos fundamentais à pessoa humana. Sarlet<sup>25</sup>, em seus estudos constitucionais, emite o seguinte parecer:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia [sic] que norteia a concepção das três [ou cinco, como assim entende Bonavides] dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos<sup>26</sup>.

Frente ao exposto, a doutrina tem convergido, majoritariamente, para o entendimento de que o emprego terminológico de “gerações” é o menos adequado, sob o argumento de que essa nomenclatura aponta para uma fragmentação ou, ainda, uma sucessão desses direitos, quando na verdade há uma expansão deles, conforme seja o contexto histórico e as demandas humanas por ele suscitadas. Nesse sentido, Sarlet discorre que a teoria da dimensão dos direitos fundamentais não aponta, para o “caráter cumulativo do processo evolutivo e

<sup>23</sup> BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: República dos Estados Unidos do Brasil, [2003]. 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 maio 2021.

<sup>24</sup> BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.563.

<sup>25</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>26</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]”<sup>27</sup>. Disso decorre o fato de que nem sempre os direitos humanos, hoje tão conclamados, são reconhecidos ao longo de toda a história do Brasil, em períodos díspares.

O estudo das dimensões jurídicas faz convalidar a análise dos direitos fundamentais, conforme a sua evolução histórica, demonstrando os motivos que ensejam a sua criação. O rol dos direitos fundamentais não é taxativo, podendo a ele agregar demais direitos, como o faz, por exemplo, Cândido, ao reconhecer o direito à literatura, em seu sentido amplo, como fundamental à pessoa humana, cujo amparo legal encontra-se na própria Lei de Diretrizes e Bases (LDB)<sup>28</sup>, ao regulamentar o direito à educação. Logo, o reconhecimento de novos direitos fundamentais não exclui os de outrora, à medida que expandem o valor atribuído à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da CRFB/88. Por esse motivo, embora se fale em várias dimensões desses direitos, eles cancelam um direito indivisível, no âmbito constitucionalista interno, que é o direito no qual se pauta todo o ordenamento jurídico pátrio, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Pela linha histórica desses estudos, os avanços tecnológicos, à guisa de exemplo, pode demandar do direito uma maior tutela à vida do ser humano, fazendo nascer mais direitos fundamentais, realidade bastante sensível à história do letramento, anteriormente mencionada, através do enfoque de Soares<sup>29</sup>. Por meio dessa compreensão, resta nítido que a terminologia “dimensão” é a mais adequada para o estudo da discussão histórica que envolve tais direitos. O próprio Bonavides<sup>30</sup>, com o passar dos tempos, inclina-se a reconhecer a incongruência do emprego terminológico de “gerações”, no que tange ao estudo dos direitos fundamentais em sua progressão histórica. Dimoulis e Martins<sup>31</sup> reconhecem esse fato, por meio de seus estudos, emitindo o seguinte posicionamento:

Aliás, o próprio Bonavides, no desenrolar de seu texto, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo “dimensões” em face do termo “gerações”, “caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade<sup>32</sup>.”

A educação é dos direitos fundamentais, o que mais se sobreleva, esmaecendo a sua força, em certa medida, apenas para a vida, o bem de maior tutela da CRFB/8, cuja baliza principiológica está na dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, a educação é concebida

<sup>27</sup> Ibidem, p. 49-50.

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei n.º 9.394*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>29</sup> SOARES, M. Letrar é mais que alfabetizar: uma entrevista com Magda Soares. [Entrevista concedida a] Eliane Bardanachvili. *Jornal do Brasil*: 26 nov. 2000. In: ALEAM - Associação de Educadores Latino Americanos. *Arquivos do blog*. São Paulo, 04 mar. 2008. Disponível em: <http://aelam-aelam.blogspot.com/2008/03/letrar-mais-que-alfabetizar-uma.html>. Acesso em: 24 mar. 2019.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 34-35.

pela CRFB/88 e regulamentada pela LDB<sup>33</sup>, em 1996, como sendo fundamental para o processo de formação humana, minimamente, altaneiro. A dignidade, na moral kantiana, constituiu-se, de igual modo, como um valor de grande monta e, por isso mesmo, é imensurável, incondicional, sem equivalente comparável. Kant<sup>34</sup>, ao fundamentar seu ideal de dignidade, pontua:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade<sup>35</sup>.

Estando a dignidade humana acima de todo e qualquer preço, é por meio do respeito que um ser racional deve ter a estima que lhe é devida, tributo à condição humana. Para Kant<sup>36</sup>, o ser humano deve afastar-se da sua condição natural, estado de natureza, aproximando-se da racionalização, que é conquistada por meio do conhecimento, da lei, da disciplina e da capacidade de reflexão, inerente aos humanos, como expõe Casagrande<sup>37</sup>:

Kant rejeita o mito do “bom selvagem” de Rousseau; prefere acreditar que o estado de natureza é um estado de guerra perpétua de todos contra todos, aproximando-se assim da situação descrita por Hobbes, pois a falta de leis deste estado natural provoca a batalha e a insegurança. Para Kant, somente com a imposição da lei e da disciplina que ensina a obediência será possível abandonarmos esse estado natural.<sup>38</sup>

O homem, em estado de natureza, por essa via, torna-se um “selvagem”; por isso a necessidade de submetê-lo, desde a mais tenra idade, aos preceitos da razão. Nesse sentido, Casagrande leciona que, “[...] para Kant, o homem só poderá tornar-se verdadeiramente homem através da educação. Ela lhe permitirá, por meio do desenvolvimento da razão, civilizar-se e moralizar-se. [...]”<sup>39</sup>. Kant<sup>40</sup> concebe a educação como o meio pelo qual o homem se dedica para ser “melhor”.

Assim, permanecer no “estado natural” é o mesmo que renunciar essa condição de progresso peculiar ao ser humano. Esse valor atribuído à educação, de monta constitucional,

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2003.

<sup>35</sup> KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 65.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> CASAGRANDE, E. F. *O problema da moral em Kant*. Seminário em Educação da Região Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/2511/932>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

<sup>38</sup> CASAGRANDE, E. F. *O problema da moral em Kant*. Seminário em Educação da Região Sul, 2012, p. 6. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/2511/932>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

<sup>39</sup> CASAGRANDE, E. F. *O problema da moral em Kant*. Seminário em Educação da Região Sul, 2012, p.7. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/2511/932>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

<sup>40</sup> Ibidem.

nem sempre é visto, ao longo da história, como um direito a que deve ter acesso toda pessoa humana. Tanto é assim que a educação não se insere no rol da primeira dimensão dos direitos fundamentais, de acordo com a inteligência de Bonavides<sup>41</sup>, a sua presença se faz marcada na segunda dimensão desses estudos, os denominados direitos sociais, desvelando um Estado que não mais é liberal, posto que eivado de poder intervencionista, o que faz consagrá-lo como Estado social.

Sob o enfoque contemporâneo, a educação se sobleva, não apenas por fomentar o letramento vernacular, o direito à literatura, às outras manifestações artísticas e, até mesmo, o direito de aprender; mas também por ser um bem social, de grande relevo, na perseguição de demais direitos fundamentais, independente de qual seja a dimensão jurídica que eles ocupem. A educação, enquanto bem fundamentalmente humano, viabiliza direitos, de igual monta. Portanto, o direito ao letramento vernacular, de que trata este estudo, pode ser viabilizado por meio de textos literários ou não, englobando a variedade de gêneros discursivos correntes na vida, inclusive os jurídicos, tão importantes para fomentar a cidadania, via aulas de Literatura Brasileira (LB) e LP. Nessa lógica, o letramento vernacular é um direito fundamentalmente humano como o é o direito à literatura, o direito de aprender, o direito às artes, em geral, e à educação. Esse último tem o condão de viabilizar os outros quatro direitos retrotranscritos e, por isso, durante o processo de aprendizagem, imbricam-se; sendo a escola a principal garantidora de todos eles. Nesse ritmo, com enfoque na seara educacional e no letramento vernacular, passa-se a analisar, na subseção vindoura, as dimensões dos direitos fundamentais à pessoa humana.

### **3 ENTRE AS CINCO DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PESSOA HUMANA - O LETRAMENTO VERNACULAR COMO PROMOTOR DE UMA EDUCAÇÃO CIDADÃ NO BRASIL**

As cinco dimensões do direito são apresentadas, no curso desta subseção, enredadas pela educação e pelo letramento vernacular que ela viabiliza, além de demais bens sociais, que fazem parte da segunda dimensão dos direitos fundamentais. O motivo disso jaz no fato de que não basta apenas declarar os direitos fundamentais, é preciso demonstrar ao povo a forma como eles podem ser assegurados e viabilizados na vida em sociedade – em caso de haver violação a algum deles. Ademais, tal maneira de apresentar as dimensões jurídicas aponta para indivisibilidade do direito; já que, de algum modo, elas se relacionam reciprocamente, tendo a educação notoriedade, como já discutido. Segundo a ótica kantiana, apresentada anteriormente, a educação, enquanto direito social, ao fomentar o letramento vernacular, o conhecimento literário, viabiliza uma aprendizagem significativa para o educando, isto é, oportuniza a aquisição de demais direitos sociais, imprescindíveis à vida humana. Por isso, Kant<sup>42</sup> é firme defensor da ideia de que a educação dignifica o homem, sendo ela uma importante diretriz para efetividade dos demais direitos, postulados pela CRFB/88, seja qual for a sua dimensão jurídica.

Destarte, por meio das práticas educacionais, efetivam-se os direitos fundamentais, de primeira dimensão, cuja luta remonta um episódio, de grande significado, para a história

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

do mundo, a Revolução Francesa, promovida durante o fulgor do século XVIII, também iluminista. Novelino<sup>43</sup> discute que são liberdades negativas, cujo amparo se realiza em um Estado Liberal, isto é, não intervencionista, o qual influencia a primeira Constituição do Brasil<sup>44</sup>, em 1824. Assim, a igualdade é concebida formalmente; operando-se, em virtude disso, apenas no plano civil e político da pessoa humana; de que resulta a sua não aplicabilidade na esfera social, bem como na econômica e, por isso mesmo, não pode ser compreendida sob o prisma da igualdade material, cuja propagação se faz visível pela CRFB/88.

As liberdades civis, a que tem direito toda vida humana em território de circunscrição brasileira, estão positivadas, no artigo quinto da CRFB/88, como anuncia o *caput* desse dispositivo, que já ilustra, pela contemporaneidade do momento histórico em que está inserido, uma igualdade material, estendendo-se a todos do ponto de vista social e econômico também, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>45</sup>.

Da leitura dos incisos que compõem essa normativa constitucional, nota-se um extenso rol, não taxativo, de escolhas que cada pessoa humana pode fazer na sua convivência em sociedade, sob a ótica das suas premissas individuais, como também da sua liberdade religiosa, dentre outras. Trata-se, pois, do respeito à diversidade e à opção individual de cada ser humano, desde que não traga danos para a coletividade. São direitos, meramente, civis e políticos - se analisados sob o enfoque que a primeira dimensão do direito adere durante Revolução Francesa – no século XVIII.

Grau<sup>46</sup> analisa a “igualdade” propagada por esse dispositivo constitucional - considerando-a como “mito” – já que a abstração teórica dessa igualdade não encontra correspondente na “vida real humana”. Deveras, a realidade demonstra que nem todas as pessoas vivem em condições sociais e econômicas dignas, mesmo em um momento contemporâneo, no qual a primeira dimensão do direito já se engendra na segunda, que tutela os bens sociais, como analisado mais adiante. Seguindo esse raciocínio, Grau<sup>47</sup> explica que a CRFB/88 só compreende, como constitucionais, as normas formais, isto é, aquelas que são exibidas pelo seu articulado textual, sendo muitas delas, mesmo em pleno século XXI, penderes de regulamentação – o que também faz ensejar a crítica de Grau<sup>48</sup> – ao conceber a Lei Maior em sua configuração “mitológica”.

Em plena concordância com a lucidez desse entendimento, ressalta-se, como exemplo, o instituto jurídico, conhecido como Mandado de Injução, é criado pelo constituinte para dificultar a ineficácia de direitos esculpidos pela CRFB/88. Esse remédio

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, [2003]. 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

<sup>45</sup> Ibidem, p.50.

<sup>46</sup> GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

constitucional, cumpre elucidar, encontra respaldo, para sua concessão, no artigo quinto, inciso LXXI, da CRFB/88, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma [...] torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania [...]”<sup>49</sup>.

Um exemplo que afeta, diretamente, os professores, em se tratando dos que se vinculam à rede pública de ensino, caso desta pesquisadora, jaz na ausência de lei que regule a greve para o referido público, embora esse direito fundamental seja conferido pelo artigo 37, que versa sobre a Administração Pública, no seu inciso VII, da CRFB/88, in verbis: “o direito de greve [direito social e, por isso, de segunda dimensão] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”<sup>50</sup>. O direito retrotranscrito, inobstante, não apenas é conferido pela redação constitucional, como também é regulamentado por lei específica, em se tratando da iniciativa privada, conforme esculpido pelo artigo nono, *caput*, parágrafos primeiro e segundo, da CRFB/88:

É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei<sup>51</sup>.

Como observado, o direito de greve é fundamental a toda categoria profissional, inclusive aos servidores públicos, salvo expressa vedação legal. Essa norma constitucional é regulamentada, no que tange aos empregados de empresa privada, pela Lei 7.783<sup>52</sup>, de 28 de junho de 1989, ou seja, realizada um ano após a promulgação da CRFB/88; não o sendo, de igual modo, a que se refere ao servidor público. Apesar dessa declaração de direito fundamental se valer tanto para a esfera pública quanto para a privada, até o presente momento, no qual é realizada esta pesquisa, o Congresso Nacional, por mera conveniência, resta evidente, não se presta a regulamentar o artigo 37, inciso VII, da CRFB/88<sup>53</sup>. Por isso, inexistente lei que discipline a greve no contexto do serviço público.

Por essa linha, verificam-se os contrassensos da pós-modernidade, analisados tanto neste capítulo quanto no vindouro, declaram-se muitos direitos, que são, por vezes, negados, inviabilizados, dificultados, ou, até mesmo, violados, contrariando a isonomia, por meio de atitudes racistas, que podem envolver diferentes formas de preconceito, homofobia e demais atos desumanos. Buscando evitar situação injusta, que fragiliza os anseios democráticos da CRFB/88, imperativo do direito, o STF, em 2007,

<sup>49</sup> Ibidem, p.65.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>51</sup> Ibidem, p.58.

<sup>52</sup>

BRASIL.

Lei

7.783.

Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, 28 de junho de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM). Acesso em: 4 dez. 2021.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 74.



torna legal a greve em serviço público. Erdelyi<sup>54</sup> comenta essa decisão, demonstrando que ela é válida enquanto esse direito não for regulado por lei específica, devendo o servidor, categoria à qual também se filia o docente da rede pública de ensino, valer-se da mesma lei de greve, disciplinada para trabalhadores da iniciativa privada, como se verifica:

A Corte finalizou o julgamento de Mandados de Injunção movidos por três sindicatos, que pediram solução para a omissão do Poder Público em regulamentar o direito de greve no funcionalismo público. Até que o Poder Legislativo regule este direito previsto na Constituição de 1988, vale a decisão do Supremo, segundo o ministro Eros Grau. Ele acompanhou a corrente que defendeu a aplicação Lei 7.783/89 que regula o exercício do direito de greve no setor privado<sup>55</sup>.

O descaso com o servidor público, em geral, ganha relevo contumaz quando se visualiza, nessa condição, o professor. A categoria docente, sob uma aparente “profissionalização”, que é reconhecida após a promulgação da CRFB/88, está movida pelos constantes entraves que disciplinam interesses opostos entre o binômio, “Estado e Professor”. Na verdade, os objetivos deveriam convergir, por envolver um bem social, de natureza coletiva, como o é a educação – entretanto a realidade não tem sido essa.

Tal análise, à luz das avaliações em larga escala, bem como da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), conforme os estudos de Matos<sup>56</sup>, vão apontar, em diferentes pesquisas, para os baixos salários dos educadores, o sucateamento dos seus planos de carreira, as péssimas condições de trabalho nas quais estão inseridos, a vulnerabilidade socioeconômica que compromete a aprendizagem dos alunos e a inércia estatal a esse cenário, que mais responsabiliza e pune o professor do que promove efetiva mudança no panorama educacional do ensino público, comportando demais elementos pesados, aqui não citados, por já serem discutidos ao longo desta dissertação. Por isso, Raimann<sup>57</sup>, dentre outros pesquisadores, fala em “desprofissionalização” docente que, distante da legalidade, arregimentada pelo direito educacional, tem contribuído com os baixos indicadores de qualidade do ensino público brasileiro.

O fato de a CRFB/88 apresentar garantias dos direitos fundamentais – via remédios constitucionais - nada resolve para o povo brasileiro, se lhe falta conhecimento e/ou um nível de letramento vernacular que lhe possibilite acesso a todos os gêneros que circulam na vida, sobretudo os mais complexos, geralmente, apresentados na

---

<sup>54</sup> ERDELYI, M. F. STF impõe limites para a greve de servidores públicos. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de outubro de 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-out-5/supremo\\_impoe\\_limites\\_greve\\_servico\\_publico](https://www.conjur.com.br/2007-out-5/supremo_impoe_limites_greve_servico_publico). Acesso em: 29 jun. 2021.

<sup>55</sup> Ibidem, on-line.

<sup>56</sup> MATOS, A. G. S. A teoria econômica do capital humano e o reconhecimento do profissional da educação básica: história de efetivo direito ou sustentáculo de negação dele? *Revista de Direito do CAPP*. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), v. 1, n.º 1, set. 2021a. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/capp/article/view/5007/3848>. Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>57</sup> RAIMANN, E. G. A profissionalização docente e seus desafios. CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, XII, 2015, Goiás. *Formação de Professores, Complexidade e Trabalho Docente*. [s. l.]: PUC-PR, 2015, p. 13887-13907. Disponível em: [https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/22668\\_10962.pdf](https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/22668_10962.pdf). Acesso em 29 de outubro de 2020.

norma padrão da LP. Exemplo primaz desse tipo de gênero, que Bakhtin<sup>58</sup> denomina de secundários, está na ordem jurídica brasileira – via CRFB/88, leis, decretos, além de outros. Garantir direitos ou declará-los por meio da CRFB/88 não satisfaz nenhum deles, como já asseverado, caso não haja uma educação que possibilite maior efetividade do direito ao letramento vernacular do indivíduo. Se de um lado a educação o viabiliza; de outro, o letramento vernacular também enseja uma educação cidadã; uma vez que ele promove a inclusão social.

Fragilizando a educação pública, o acesso aos bens sociais fomentadores da dignidade da pessoa humana, como saúde, transporte, lazer, dentre outros, fica, cada vez mais, restrito ao aluno dessa rede de ensino. Nesse sentido, confere-se relevo à educação, por proporcionar que o indivíduo compreenda a sua existência no mundo a partir de padrões de conduta, que vão nortear seus direitos, deveres, liberdades e restrições. Esse fundamento legal, registrado no ordenamento jurídico pátrio, é formatado por meio de uma norma padrão – o que sobreleva a discussão do letramento vernacular – enquanto direito fundamental para que se tenha uma vida digna. Sem ostentar uma visão monolinguística, fomenta-se, neste trabalho, como já discutido, a necessidade de que o indivíduo, por meio do acesso à escola, sobretudo através das aulas de LP e LB, transite em todos os ambientes da sociedade, independentemente de qual seja o grau de formalidade exigido para cada situação sociocomunicativa, que ele seja impelido a realizar ou o queira fazer pelo seu próprio alvedrio.

Por isso, ao primar pelo respeito de todas as línguas que possam povoar a LP, além das cooficiais, é mister que o educando aprenda, criticamente, a norma padrão de seu idioma oficial. É preciso que a escola, por meio das aulas de LP e LB, enquanto garantidora do direito de aprender, habilite o aluno para ler desde um “simples” bilhete até um artigo científico (e por que não um texto jurídico?). Em uma sociedade que declara direitos, mas os viola na prática, é de suma importância uma educação cidadã, desenvolvendo no indivíduo o conhecimento dos seus direitos, bem como as formas de fazê-lo valer.

Para tanto, é preciso que o processo de aprendizagem se inicie conforme seja o universo linguístico do educando, pelas habilidades mais simples, de modo a fazê-lo refletir, paulatinamente, sobre as mais complexas, ainda desconhecidas por ele, mesmo que seja parcialmente, a depender do caso concreto. O ensino da norma padrão, em seu viés crítico, deve se voltar aos gêneros que circulam na vida, inclusive os secundários, que demandam maior formalidade, nos termos bakhtinianos. Assim, é possível operar a justiça social de que o Brasil necessita, através da plena inserção humana do discente na sociedade em que sua existência se deslinda.

A pessoa, uma vez letrada, não tem a sua aprendizagem cerceada, isto é, tida como acabada – visto que esse processo é contínuo e se ressignifica a partir de transformações advindas de novas necessidades, demarcadas pelas intenções humanas, em um dado momento da história. Logo, se estimulado, o processo de letramento vernacular de um indivíduo está em constante ascensão, sendo a escola, frise-se, a principal garantidora do direito de aprender, recentemente normatizado pela BNCC. Nesse sentido, o indivíduo se percebe no mundo a partir de sua relação com o outro, em um

<sup>58</sup> BAKHTIN, M. *Estética da criação verbal*. Tradução: Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.



diálogo bakhtiniano, por meio do qual ele não apenas desfruta de seus direitos civis, mas também compreende as restrições que norteiam a sua liberdade individual, nas palavras de Júnior<sup>59</sup>:

Desde a frase “A liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro”, atribuída ao filósofo inglês Herbert Spencer, às palavras do ex-Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendel Holmes Jr, de que “seu direito de movimentar o punho acaba onde começa meu nariz”<sup>2</sup>, as relações humanas não dispensam sistemas de controle, freios e contrapesos, capazes de propiciar a harmonia necessária a um mínimo de sobrevivência em sociedade<sup>60</sup>.

Todos são livres, essa é a regra, desde que não esteja obstruindo direitos de outrem ou violando deveres sociais, regulados pela ordem jurídica à que se vincule. Por essa premissa, todos não são livres ou, simplesmente, todos nem sempre são livres. O valor humano, que é capaz de tornar o direito à liberdade individual relativo, como exposto acima, tem assento em um ensino libertador, nos moldes de Freire<sup>61</sup>, que garante o direito de todos “os oprimidos” se libertarem a partir de sua própria atuação no mundo, por meio do acesso a uma educação que fomente a “consciência crítica”.

Desse modo, o aluno, em especial, o de escola pública, está apto a fazer a sua escolha individual, combatendo toda violação a direitos humanos e, com isso, promovendo a sua própria libertação, em sintonia com os seus pares. Assim, é possível dar voz aos estudantes, marcados por uma maior vulnerabilidade socioeconômica, oportunizando-lhes que entoem os seus próprios discursos autorais, em um país marcado pela inefetividade da justiça social. Conhecendo seus direitos e os limites a que eles se curvam, o aluno age no mundo transformando a si mesmo e, por conseguinte, o seu universo fático, a serviço do bem comum, além de primar pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Para Bakhtin<sup>62</sup>, a democracia do direito linguístico assegura um plurilinguismo que se desvela em uma liberdade de falar ou, por assim dizer, em uma liberdade de expressão, como postula o artigo quinto, inciso IX, da CRFB/88, ao consagrar este, dentre outros, direitos civis: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença<sup>63</sup>.” Esse direito civil, positivado pela CRFB/88, é norteado pela liberdade de expressão, como visualizado acima, podendo ser delimitado pelo baixo nível de letramento vernacular do indivíduo, se ele tiver seu trânsito, em sociedade, obstruído por não se incluir em situações enunciativas que demandem, à guisa de exemplo, um maior grau de formalidade.

<sup>59</sup> JÚNIOR, E. S. S. *Consenso e Sanção: uma teoria discursiva para um processo penal íntegro e democrático*. 2019. 125f. Dissertação (Mestrado), Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2019. Disponível em: [https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/11177/2/ELIEZER\\_SIQUEIRA\\_SOUSA\\_JUNIOR.pdf](https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/11177/2/ELIEZER_SIQUEIRA_SOUSA_JUNIOR.pdf). Acesso: 29 jun. 2021.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>61</sup> FREIRE, P. *Ação cultural para a liberdade*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

<sup>62</sup> BAKHTIN, M. *Questões de Literatura e de Estética: a teoria do romance*. Tradução: Aurora Fornoni Bernadini et al. 7.ed. São Paulo: Hucitec, 2014.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.51.

Por isso, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos - CIDH<sup>64</sup> – estabelece que há, na liberdade de expressão, uma prerrogativa individual e outra social (segunda dimensão dos direitos fundamentais à pessoa humana que engendra todos os direitos sociais, inclusive a educação, dentre outros). Sem conhecimento, sem formular um ponto de vista sobre um determinado assunto, resta cerceada a liberdade de expressão. Logo, um povo que não se posiciona geralmente (ou quase sempre), para não espraizar em um radicalismo, assim o faz pelo baixo nível de instrução. Tal premissa sobreleva a educação, como importante direito social que determina o grau de efetividade de demais direitos, inclusive os de âmbitos civis e políticos, que perfazem a primeira dimensão jurídica, acima analisada. A educação é um direito humano através do qual se viabiliza o letramento vernacular que, enquanto bem social, reveste-se de constitucionalidade material, sendo um direito fundamentalmente humano, disseminador dos ideais de uma educação cidadã.

Ao contrário da Constituição de 1934<sup>65</sup>, a CRFB/88 declara o direito à educação, associando-o a formas de assegurá-lo, via os remédios constitucionais, já mencionados anteriormente. O artigo sexto da CRFB/88, nesse ritmo, anuncia, no seu *caput*, em rol meramente exemplificativo, quais sejam os direitos sociais, *in verbis*:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição<sup>66</sup>.

Conforme se observa esses direitos de segunda dimensão são também corolários do princípio basilar da CRFB/88, o da dignidade da pessoa humana, que se espraia em uma série de bens sociais, dos quais a educação, como já dito, assume relevo - já que por meio dela demais bens podem ser garantidos. Por valorizar a pessoa humana, esse dispositivo constitucional não chancela um rol taxativo, o que significa dizer que ele pode ser ampliado, de modo a englobar o letramento vernacular, consolidando o respeito à diversidade linguística; que assegura o direito de ser letrado no idioma oficial, de maneira que o indivíduo seja partícipe de situações comunicativas formais e/ou informais, conforme sejam as exigências enunciativas do seu contexto de inserção.

Enquanto direito social, a educação cidadã viabiliza uma série de outros direitos, de igual monta, como o letramento vernacular, apto a fomentar o desenvolvimento humano, que viabiliza o pleno domínio dos seus respectivos direitos civis e políticos. Além disso, habilita a pessoa ao exercício de uma formação profissional, garantindo-lhe um trabalho, de cujo valor social se faz permeado por satisfazer, em plenitude, a efetivação de demais direitos, como moradia, alimentação, dentre outros elencados no artigo supramencionado da CRFB/88.

Os direitos educacionais possuem relação intrínseca com os econômicos e os culturais, sendo todos concebidos sob a ótica da segunda dimensão dos direitos fundamentais, que

<sup>64</sup> CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Sentença*. Peru, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencialInternacional/anexo/ConvenoAmericanasobreDireitosHumanos10.9.2018.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2021.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p.56.

deve ser visualizado em sua acepção coletiva, diferente dos direitos considerados individuais, analisados anteriormente, segundo o prisma da primeira dimensão. O artigo 170, caput, da CRFB/88 descortina a normatização do direito econômico, como se nota: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social”<sup>67</sup>. A tutela da economia é garantida, no articulado constitucional, por meio da “livre iniciativa”, todavia é diretamente delimitada pela observação de que o trabalho precisa se pautar na justiça social e na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é feita nítida intersecção com as liberdades individuais, bem como com a educação; já que, através dela, é possível fomentar seres pensantes e, por isso, apto a promover a justiça social, combatendo toda prática de relações abusivas.

Ademais, existem os direitos de terceira dimensão, de acordo com o que se visualiza a partir dos ensinamentos de Novellino<sup>68</sup>:

*Os direitos fundamentais de terceira dimensão, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano*<sup>69</sup>.

No âmbito jurídico, tanto os direitos de terceira como os que pertencem as outras dimensões, para os quais a educação é de extremo relevo no processo de aquisição, têm eficácia imediata, dado seu valor humano e, por isso mesmo, imprescindível à vida de todo indivíduo. Os direitos de terceira dimensão já trazem marcas modernas que são recorrentes na contemporaneidade, apesar de já terem sido negados para muitos povos ao longo da história do Brasil. Exemplos, que ilustram muito bem esse paradigma existencial humano, podem ser evidenciados a partir da análise de tempos pretéritos, nos quais predomina a ideia de que o bem patrimonial e o valor dado à propriedade não declina frente à poluição, ao desmatamento e aos demais meios de extermínio à natureza.

O direito ao meio ambiente equilibrado e ao progresso econômico demonstra uma aliança sustentável, que une o capitalismo a valores socialmente humanos, apresentados pela BNCC por meio dos múltiplos gêneros que devem ser trabalhados em sala de aula, no tocante aos componentes curriculares de LP e LB. Por essa via, a sustentabilidade ambiental, aliada aos princípios democráticos e inclusivos que dela emana, tem o seu relevo, ainda mais, dimensionado pela ordem jurídica dos direitos fundamentais, em sua terceira dimensão. Nessa mesma direção democrata e inclusiva, esse direito ambiental é evocado, constituindo-se como parte integrante de uma das competências gerais da BNCC, *in verbis*: “agir pessoal e coletivamente com autonomia, responsabilidade, resiliência e determinação, tomando decisões com base em princípios éticos, democráticos, inclusivos, sustentáveis e solidários”<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Ibidem, p.58.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem, p.388.

<sup>70</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Brasília: dezembro de 2018, p. 10. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/historico>. Acesso em: 27 jun. 2021.

Nota-se que mais importante do que assimilar conteúdo programático é saber como empregá-lo no cotidiano, desenvolvendo a autonomia necessária para refletir a vida, posicionando-se criticamente frente aos problemas e, ao mesmo tempo, contribuindo com a coletividade, de modo geral. Na mesma linha, o bem patrimonial não tem primazia sobre o direito à vida, que potencializa os valores humanos cotejados por uma sociedade que pretende se tornar justa, desvelando a solidariedade, a eticidade e a fraternidade como direitos corolários à dignidade da pessoa humana. Ao abordar essas temáticas em sala de aula, o aluno fomenta a consciência cidadã, potencializando o letramento vernacular por meio da leitura e da escrita como práticas sociais, fundamentalmente humanas.

Desse modo, o educando é mediado pelo docente, no processo de pensar a língua através do seu próprio texto e dos de outrem, desenvolvendo a autonomia, a responsabilidade, além de participar da aprendizagem ativamente, na forma como concebe Freire<sup>71</sup>. Assim, ensina-se o mínimo existencial para uma vida altaneira, que faz do letramento vernacular um direito fundamentalmente humano. Bonavides<sup>72</sup> traz à baila também a quarta dimensão e a compreende como aquela que se associa à democracia, à informação e ao pluralismo, relacionando-a com os direitos aventados nas outras dimensões, explicadas anteriormente, como se nota:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia<sup>73</sup>.

O direito à democracia, nos termos de Boanavides<sup>74</sup>, que o compreende como quarta dimensão do presente estudo, sobre o qual se debruça esta subseção, é um direito fundamental em constante ameaça na contemporaneidade, que é marcada pelo neoliberalismo, inversão de valores, ataques constantes a diversos institutos democráticos, conforme abordagem realizada no decorrer desta pesquisa. De plano, é preciso salientar que o ataque à democracia brasileira tem se dado através da sistemática fragilização da rede pública de ensino do país,

---

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 571-572.

<sup>74</sup> Ibidem.

operando um verdadeiro desmonte na seara educacional, que se atreve a desmerecer os estudos de Paulo Freire<sup>75</sup>. Desse modo, existe um verdadeiro “efeito cascata”, que nega sucessivos direitos fundamentais, como o direito à literatura, as outras manifestações artísticas e mesmo o direito ao letramento vernacular.

O combate à democracia tem sido feito sob o amparo do ordenamento jurídico que a legitima – o que torna a questão por demasiado complexa – uma vez que o direito se apresenta através da norma padrão de LP, que se esmera em uma gramática normativa, sem considerar as idiossincrasias do falar brasileiro. Nesse sentido, o letramento vernacular é um direito fundamental, que potencializa a plena inserção humana, além de empreender o conhecimento crítico da norma padrão da LP, tão necessário para que o educando de escola pública, sobretudo, perceba as manobras legais, através das quais o poder se serve para fragilizar a educação.

Compagnon<sup>76</sup>, ao empreender a sua defesa à literatura na contemporaneidade, desvela um de seus poderes, a saber: desenvolver o potencial crítico necessário para que o homem não se permita ser enganado pela língua. Por isso mesmo, Candido<sup>77</sup> notabiliza o direito à literatura como fundamental à existência humana, como ocorre com o direito à educação e ao letramento vernacular, todos defendidos, nesta pesquisa, como direitos fundamentais de segunda dimensão, segundo analisado acima.

Os direitos sociais são de sumo relevo para o crescimento do país de forma justa e democrática. Por isso, o rol de direitos fundamentais traz imbricações com outros, mesmo que de dimensões distintas. A violação do direito à informação, que se relaciona, principalmente, com o direito à educação e ao letramento vernacular, é um dos meios pelos quais a democracia vem se esfacelando no Brasil. Se a educação abrange acesso, sem acoplar a efetiva qualidade com o condão de concretizar o direito de todo indivíduo ao letramento vernacular, as pessoas, inseridas nesse rol, não apenas estão privadas de bens físicos; mas também de informações, do pleno reconhecimento de seus direitos e deveres, enquanto cidadãos, e, possivelmente, de falares, que lhes garantam o assento em lugares mais formais da sociedade brasileira.

O acesso ao poder pelos oprimidos, nas palavras de Freire<sup>78</sup>, deve se dar por meio de uma ideologia humanista e inclusiva, não através dos métodos de opressão a que são subjugados. Nesse sentido, além de aprender a norma padrão, de forma crítica, é mister respeitar e valorizar os múltiplos falares brasileiros, inclusive os cooficiais, operando para a construção de uma sociedade mais justa, equânime e plural. Na esteira do estudo sobre os direitos fundamentais, há controvérsia doutrinária sobre a quarta dimensão deles. Entretanto, além de Bonavides<sup>79</sup>, outros constitucionalistas têm empreendido defesa a esse direito, como se nota:

---

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> COMPAGNON, A. *Literatura para quê?* Tradução de Laura Taddei Brandini. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

<sup>77</sup> CANDIDO, A. *Formação da Literatura Brasileira: momentos decisivos* 6 ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2000.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Ibidem.

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política<sup>80</sup>.

A relação desses direitos com a educação é visível, no sentido de que é por meio dela que se viabiliza a plena inserção cultural, apta a fomentar o letramento vernacular, por assim dizer, um ensino cidadão, que efetive o direito de aprender do educando – via aulas de LP e LB. Como o rol de direitos fundamentais pode se expandir, ensejando, com o passar do tempo, novos anseios humanos e necessidades que se fundem na construção de demais direitos, muitos constitucionalistas têm aderido o entendimento de que exista uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, defendido, inclusive por Bonavides, como ressalta Honesko<sup>81</sup>:

[...] em recentes debates científicos (IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos [o atentado terrorista de “11 de Setembro”, em território norte-americano, ilustra um bom exemplo] exsuriria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais<sup>82</sup>.

O direito à paz, sem dúvida, dialoga com todos os outros analisados anteriormente – já que não se pode falar em concórdia - se o direito à saúde, à cultura, à vida, à educação e ao letramento vernacular, dentre outros estiverem violados. Em uma sociedade, marcada pelo temor a uma terceira guerra mundial, que faz dar origem a ONU<sup>83</sup>, em 1945, valorizando sobremaneira os direitos humanos e o respeito à diversidade, é de se esperar que a paz seja uma de suas balizas. Apesar disso, ainda há nações em guerras bélicas, deflagrando a existência de outras formas de embates, eivados de tecnologia, intoxicação, além de outros, os quais não dispensam nem mesmo um vírus (*coronavírus*), fazendo o mundo viver uma “pandemia globalizada”, sem correspondente, em 2020, que vem se prolongando no curso do ano de 2021.

Logo, nota-se que, assim como os de terceira e quarta, os direitos de quinta dimensão se aproximam, ainda mais, da contemporaneidade brasileira, sendo uma exigência dessa sociedade globalizada, tecnológica e complexa, dentre outras características que são peculiares a ela. Nesse âmbito pós-moderno ou, ainda, contemporâneo da história brasileira, processa-se a existência humana que se deleita por esta escrevedura, nesse instante, que se chama “agora”, marcado por uma pandemia que perdura, mundialmente, e ceifa a vida de inúmeros

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> HONESKO, R. S. *Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração*. In *Direitos Fundamentais e Cidadania*. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo: Método, 2008.

<sup>82</sup> Ibidem, p.197, grifos da autora.

<sup>83</sup> Ibidem.

brasileiros, como tem visto a locutora deste discurso, através do desenrolar do seu trajeto por este vasto mundo brasileiro, que fica situado na Bahia.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa divisão dos direitos fundamentais, nas cinco dimensões supramencionadas, presta-se a atender a um método meramente acadêmico e didático que tem por escopo analisar a sua valorização - sob o enfoque de momentos históricos distintos - cujos aportes ideológicos são - em igual medida - diferentes - em sintonia com o seu respectivo período e com as intenções sociocomunicativas a que ele se preste. Insta salientar que alguns constitucionistas, de corrente minoritária, de acordo com os estudos de Bahia<sup>84</sup>, têm admitido a existência de mais dimensões dos direitos fundamentais à pessoa humana, além das cinco mencionadas ao longo desta subseção. A tendência natural é que isso, com o passar do tempo, cada vez mais, ocorra – uma vez que o direito deve atender às necessidades demandadas pelas múltiplas relações humanas – as quais se modificam conforme sejam os contextos históricos de suas inserções.

Os direitos fundamentais são indivisíveis, como já analisado, e estão intrinsecamente relacionados, em suas várias dimensões, tendo a educação maior relevo, por dignificar o homem ao instruí-lo, além de ser um bem social determinante na perseguição de demais direitos – via o letramento vernacular. É por meio da educação que se fomenta o direito à literatura, como o concebe Cândido<sup>85</sup>, cuja abordagem é feita, com maior minúcia, no primeiro e terceiro capítulos desta pesquisa, e também o direito ao letramento vernacular, explicado em subseções retrotranscritas a esta.

Sendo a educação um direito fundamentalmente humano, também o é aqueles que ela viabiliza, nesse tocante, o direito à literatura, às artes e ao letramento vernacular, até porque a educação, que se vincula também ao direito de aprender, tem tutela de monta internacional, como bem assevera Bonavides<sup>86</sup>. A educação não se sustenta sem os demais direitos que a presente pesquisa exhibe ao lado dela – posto que a “educação bancária” – na linha de Freire<sup>87</sup> – fomenta a consciência ingênua do educando por não oportunizar efetivo aprendizado e percepção de mundo crítica o bastante para promoção da justiça social.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, F. *Constitucional Prática*. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

---

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> Ibidem.

- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: SARAIVA. *Vade Mecum Saraiva*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1-137.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, [2003]. 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- BRASIL. Lei 7.783. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, 28 de junho de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM). Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 8.930*. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 6 de setembro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8930.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm). Acesso em: 26 ago. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 9.840*. Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Brasília, 28 de setembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9840.htm). Acesso em: 26 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Brasília: dezembro de 2018. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/historico>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- CANDIDO, A. *Formação da Literatura Brasileira: momentos decisivos*, 6 ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2000.
- CASAGRANDE, E. F. *O problema da moral em Kant*. Seminário em Educação da Região Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/2511/932>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.
- COMO funciona a iniciativa popular no Brasil? São Paulo: *Inteligov*, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://blog.inteligov.com.br/como-funciona-a-iniciativa-popular-no-brasil/>. Acesso em: 26 ago. 2018.
- COMPAGNON, A. *Literatura para quê?* Tradução de Laura Taddei Brandini. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Sentença*. Peru, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvenoAmericanasobreDireitosHumanos10.9.2018.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2021.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ERDELYI, M. F. STF impõe limites para a greve de servidores públicos. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de outubro de 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-out-5/supremo\\_impoe\\_limites\\_greve\\_servico\\_publico](https://www.conjur.com.br/2007-out-5/supremo_impoe_limites_greve_servico_publico). Acesso em: 29 jun. 2021.
- GIL, A. C. *Como elaborar projeto de pesquisa?* 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.



GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

HONENSKO, R. S. *Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração*. In *Direitos Fundamentais e Cidadania*. FA-CHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo: Método, 2008.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MATOS, A. G. S. Cadernos de resumos. In: *VI Simpósio de história regional e local*, Santo Antônio de Jesus. XXI Semana de consciência negra: liberdades, cidadania e direitos humanos, 2019a. Disponível em: [http://www.simpósiohistoria2019-uneb.ufba.br/modulos/gerenciamentodeconteudo/docs/506\\_caderno\\_de\\_resumos.pdf](http://www.simpósiohistoria2019-uneb.ufba.br/modulos/gerenciamentodeconteudo/docs/506_caderno_de_resumos.pdf). Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S. O Direito ao letramento vernacular: contradições e perspectivas no ensino de língua portuguesa. In: *VI Simpósio de história regional e local*, Santo Antônio de Jesus. XXI Semana de consciência negra: liberdades, cidadania e direitos humanos, 2019b, v. XXI. p. 216-271. Disponível em: [http://www.simpósiohistoria2019-uneb.ufba.br/modulos/gerenciamentodeconteudo/docs/506\\_anais\\_simpósio\\_historia.pdf](http://www.simpósiohistoria2019-uneb.ufba.br/modulos/gerenciamentodeconteudo/docs/506_anais_simpósio_historia.pdf). Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S. *O letramento vernacular e o acesso à educação: o direito a serviço de quem?* 2020, p. 21. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ciências e Empreendedorismo - Santo Antônio de Jesus, 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TCC%20Final%20Direito%20Alexandra%20Matos%20%202020.1%20%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TCC%20Final%20Direito%20Alexandra%20Matos%20%202020.1%20%20(1).pdf). Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S. As pegadas bakhtinianas em Paulo Freire: tempos sombrios em território brasileiro contemporâneo. *Cadernos Zygmunt Bauman*. Maranhão: Universidade Federal do Maranhão (UFMA), v.11, n.º 27, 2021d. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/17857/9723>. Acesso em: 02 dez. 2021.

MATOS, A. G. S. Análise do contexto colonial brasileiro: o direito à educação e interfaces linguísticas. In: BOTTEGA, C.; KARPOWCIS, D. S.; OLIVEIRA, M. G. SALLES, S. S. (orgs). *Direitos Humanos na Educação*. Rio de Janeiro: Preboke Collins, 2021b, p. 293-304. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CAEDUCA%20LIVROS.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S. A teoria econômica do capital humano e o reconhecimento do profissional da educação básica: história de efetivo direito ou sustentáculo de negação dele? *Revista de Direito do CAPP*. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), v. 1, n.º 1, set. 2021a. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/capp/article/view/5007/3848>. Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S. Em Paulo Freire, há vários Bakhtins ou, ainda, um Bakhtin plural. In: ABREU, J. M.; PADILHA, P. R. (orgs). *Mestre do amanhã: fazedores do futuro*. 1ed. São Paulo: Instituto de Educação e Direitos Humanos Paulo Freire, 2021c, p. 34-44. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/E-book\\_Mestres\\_do\\_Amanha\\_2021.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/E-book_Mestres_do_Amanha_2021.pdf). Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S.; ANDRADE, P. R. A educação e as suas interfaces na perseguição do direito à cidade. *Revista Húmus*, Maranhão: Universidade Federal do Maranhão, vol. 11, num. 33, 2021.

Disponível em: C:/Users/Usuario/Downloads/16283-52997-1-PB%20(3).pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

MATOS, A. G. S.; QUADROS, C. O letramento vernacular e o acesso à educação no Brasil: o direito a serviço de quem? *Diké Revista Jurídica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz*. Ilhéus, n.º 18, p. 303-326, jan. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/2809>. Acesso em: 23 mar. 2021.

NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 10 maio 2020.

PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*. JusPODIVM, Salvador, 11ª edição, 2019.

RAIMANN, E. G. A profissionalização docente e seus desafios. CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, XII, 2015, Goiás. *Formação de Professores, Complexidade e Trabalho Docente*. [s. l.]: PUC-PR, 2015, p. 13887-13907. Disponível em: [https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/22668\\_10962.pdf](https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/22668_10962.pdf). Acesso em 29 de outubro de 2020.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, L. D. M. *A implementação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988*. Brasília, 2005.

SOARES, M. Letrar é mais que alfabetizar: uma entrevista com Magda Soares. [Entrevista concedida a] Eliane Bardanachvili. *Jornal do Brasil*: 26 nov. 2000. In: ALEAM - Associação de Educadores Latino Americanos. *Arquivos do blog*. São Paulo, 04 mar. 2008. Disponível em: <http://aelam-aelam.blogspot.com/2008/03/letrar-mais-que-alfabetizar-uma.html>. Acesso em: 24 mar. 2019.