

# REVISTA DA ESDM



Revista da ESDM - 2021 - v.7 - n.13

## Staff da Revista da ESDM

**Diretor Geral da ESDM** : Alexandre Salgado Marder

**Diretora Editorial (Editora-Chefe)**: Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

**Diretora Institucional**: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

**Diretoria de Comunicação**: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

## Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Alexandre Salgado Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (Centro Universitário da Bahia - Simões Filho, BA, Brasil)

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Arcia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Arthur Maria Ferreira Neto (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Augusto Silva (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Cláudio Fortunato Michelon Jr. (University of Edinburgh - Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Procuradoria-Geral do Município - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (Universidade Federal da Bahia - Salvador, BA, Brasil)

José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, SC, Brasil)

Leandro Martins Zanitelli (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Lucíola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Luiz Gustavo Levate (Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luiz Henrique Antunes Alochio (Universidade Federal do Espírito Santo - Vila Velha, ES - Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (Faculdade de Direito, UFC - Fortaleza, CE, Brasil)

Marco Ruotolo (Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre - Itália)

Maren Guimarães Tabora (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Raffaele de Giorgi (Università del Salento - Itália)

Rodrigo Brandão (Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vanêscia Buzelato Preste (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vanice Regina Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Universidade de Lisboa - Portugal)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre, MG, Brasil)

## Pareceristas

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Bárbara Dayana Brasil (Faculdade Mater Dei - Pato Branco, PR, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria-Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Fernando Tenório de Amorim (Procuradoria-Geral do Município de Maceió - Maceió, AL, Brasil)

Fernando Machado de Souza (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS - MS, Brasil)

Jorge Luiz Oliveira dos Santos (Belém, PA, Brasil)

Lucíola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Rachel Lopes Queiroz Chacur (Universidade Federal de São Paulo, Unifesp - São Paulo, SP, Brasil)

## Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

## Ficha catalográfica

---

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 7, n. 13 (2021) - .  
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

<b>Apresentação.....</b>	<b>5</b>
ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITO COLETIVO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.165.456/SE <b>Marcelo Rodrigues Mazzei.....</b>	<b>7</b>
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE COMPLIANCE HUMANIZADO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL <b>Phillip Gil França.....</b>	<b>19</b>
ASPECTOS JURÍDICOS E FINANCEIROS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA <b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira.....</b>	<b>29</b>
QU'EST-CE QUI AMENE UN EMPEREUR ROMAIN, UN DES DIPLOMATES LES PLUS DOUES DU MONDE, UNE REINE DESTITUEE ET UN EMPEREUR MEDIEVAL A BER-NEX? <b>Alexandre Zielinsky Arregui e Márcia Rosa de Lima.....</b>	<b>42</b>
MODELO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA MEDIAÇÃO AMBIENTAL E FUNDIÁRIA NO BRASIL <b>Rachel Lopes Queiroz Chacur.....</b>	<b>61</b>
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: PESQUISA DE ACÓRDÃOS E CONSULTA PROCESSUAL <b>Oscar Valente Cardoso.....</b>	<b>78</b>
A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS <b>Carlos Rogério Guedes Pires.....</b>	<b>95</b>

## Apresentação

Trazendo conteúdos sobre administração pública, direitos sociais, *compliance*, regularização fundiária, problemas ambientais, preservação da cultural, proteção de dados pessoais e teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, apresentamos a edição número 13, da *Revista da ESDM*. Este número reúne sete artigos produzidos por advogados, procuradores municipais, professores e pesquisadores, com a presença de autores mestres e doutores, trazendo conteúdos que congregam contribuições para os estudos na área do Direito, especialmente na área do Direito Público Municipal.

Abre a edição o texto “Advocacia Pública e Direito Coletivo à Probidade Administrativa: análise do julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo Nº 1.165.456/SE”, de autoria de Marcelo Rodrigues Mazzei. O autor analisa os efeitos decorrentes da decisão do STF que declarou incompatível com a Constituição Federal a autorização prévia do Chefe do Poder Executivo para o ajuizamento, por parte da Advocacia Pública, de ação de improbidade administrativa.

Na sequência, Phillip Gil França reflete sobre a relação entre *compliance* e direitos humanos fundamentais, com base em metodologia descritiva conceitual. Para tratar sobre o assunto, em “Algumas Reflexões sobre *Compliance* Humanizado na Era da Inteligência Artificial”, o autor se baseia na ideia de que todo cidadão, ligado a entidade pública ou privada, deve se importar com o *compliance* e perceber sua importância, especialmente nessa da inteligência artificial.

Para falar sobre problemas ambientais e fundiários, este número traz dois artigos: o texto “Aspectos Jurídicos e Financeiros na Regularização Fundiária”, de Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, discorre sobre o direito fundamental à moradia digna previsto no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988; e “Modelo de Participação Popular na Mediação Ambiental e Fundiária no Brasil”, produzido por Rachel Lopes Queiroz Chacur, propõe a implantação de parâmetros de participação dos sujeitos envolvidos no conflito para obterem a solução do problema ambiental.

Ainda nesta seção, para refletir sobre a conscientização da preservação da cultural e arqueológica diante da expansão demográfico, apresentamos o texto de Alexandre Zielinsky Arregui e Márcia Rosa de Lima, “*Qu’est-ce qui amène un empereur romain, un des diplomates les plus doués du monde, une reine destituée et un empereur médiéval à Bernex?*”. O texto apresenta o estudo realizado junto à diversos atores do vilarejo de Bernex, no cantão de Genebra na Suíça, e relata sobre o quão frágil é a tensão entre o interesse político e econômico do desenvolvimento, e o apagamento (ou pulverização gradual) da memória cultural atrelada à área que deixa de existir em virtude da exploração imobiliária.

Neste momento de adequações às novas exigências da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018), o autor Oscar Valente Cardoso, em “Proteção de Dados Pessoais e Princípio da Publicidade: Pesquisa de Acórdãos e Consulta Processual”, exami-

na as principais consequências produzidas pela Lei sobre o princípio da publicidade processual, a partir de seu conceito e aplicação prática (inclusive nos processos eletrônicos) e das normas legais sobre a publicidade e a proteção de dados pessoais, com as consequências sobre a publicação dos atos processuais, a pesquisa de acórdãos e a consulta processual.

Fechando a edição, o esforço de exposição da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas é o assunto abordado por Carlos Rogério Guedes Pires, no texto “A Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas”. O autor investiga a tese weberiana da legitimação racional-legal com o objeto de compreender/desvelar a legitimidade que decorre da legalidade.

A revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público e proporcionar maior democratização mundial do conhecimento, sendo um periódico científico semestral, com publicações ininterruptas desde 2015, que tem por missão promover o aprimoramento dos estudos na área do Direito, especialmente na área do Direito Público Municipal.

Atualmente, a *Revista da ESDM* está indexada nas seguintes bases de dados, que cooperam na divulgação do material: LATINDEX; Base de dados da Rede Virtual de Bibliotecas Congresso Nacional - RVBI; Sumários de Revistas Brasileiras (Sumários.org); Diadorim.

Nossos agradecimentos aos que contribuíram com mais esta edição. Aos autores que submeteram seus trabalhos e aos pareceristas pela significativa colaboração prestada.

Aos leitores, em nome de todos os autores, desejamos uma boa leitura.

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

Diretora Editorial da Revista da ESDM

Procuradora Municipal de Porto Alegre

## **ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITO COLETIVO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.165.456/SE**

*Public Advocacy and Collective Right to Administrative Probity: analysis of the judgment of the of the Interlocutory Appeal in the Extraordinary Appeal with Appeal N°. 1.165.456/SE*

**Marcelo Rodrigues Mazzei**

Doutorando e Mestre (2014) em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Processo Civil (2006). Foi Coordenador da Comissão do Advogado Público da 12ª Subseção da OAB/SP-Ribeirão Preto no triênio 2010/2012. Procurador do Município de Ribeirão Preto (SP, Brasil).

### **Resumo**

O presente trabalho tem por objetivo analisar o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.165.456/SE pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou incompatível com a Constituição Federal a autorização prévia do Chefe do Poder Executivo para o ajuizamento, por parte da Advocacia Pública, de ação de improbidade administrativa. Serão analisados os efeitos decorrentes dessa decisão em face da autonomia técnica e independência da Advocacia pública, bem como isso resulta em ampliação do campo de controle de legalidade dos atos estatais e fortalece institucionalmente a própria Advocacia Pública.

**Palavras-chave:** Advocacia. Pública. Probitade.

### **Abstract**

The purpose of this paper is to analyze the judgment of the Interlocutory Appeal in the Extraordinary Appeal with Appeal No. 1.165.456/SE by the Supreme Federal Court, which declared incompatible with the Federal Constitution the prior authorization of the Chief of the Executive Branch for the filing, by part of the Public Advocacy, for administrative misconduct. The effects of this decision will be analyzed in view of the technical autonomy and independence of the Public Advocacy, as well as this results in the expansion of the legality control field of the state acts and institutionally strengthens the Public Advocacy itself.

**Keywords:** Advocacy. Public. Probity.

### **Sumário**

1. Introdução; 2. Análise do Recurso Extraordinário nº 1.165.456/SE; 3. Conclusão; 4. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública vem constantemente consagrando sua função institucional no ordenamento constitucional nacional. A ausência de um Estatuto ou Lei Orgânica que institua normas gerais à Advocacia Pública, com o estabelecimento de requisitos, direitos e deveres, dificultou a criação de seu molde institucional, que vem sendo construído através de muita resistência e luta de seus membros, seja pela via legislativa, seja através de construção jurisprudencial.

A circunstância de a Advocacia Pública ser a única instituição de caráter nacional na condição de função essencial à Justiça, com presença em todos os entes federativos (União, Estados e Municípios), diferentemente de outras instituições essenciais à Justiça (Ministério Público e Defensoria Pública), fundadas somente no âmbito da União e Estados, dificultou a rápida modelagem institucional, já que as peculiaridades de cada ente federativo, especialmente os Municípios, pesam sobre a definição de regras gerais que coadunem com as diversas realidades da esfera do Poder Público que existem em solo nacional.

Outra dificuldade que afeta à instituição de um modelo institucional bem definido, é a peculiaridade do *múnus* público exercido pelo Advogado Público no que tange ao controle da legalidade dos atos estatais, que não sujeitos a qualquer tipo de controle interno. Dessa forma, quanto aos atos internos de controle de legalidade ou juridicidade, derivados do exercício da Advocacia pública, não é cabível controle em face de constituírem própria decorrência do *múnus* público exercido pelo Advogado Público.

Se por um lado a Advocacia Pública ostenta atribuições próximas ao advogado privado, por outro se submete ao regime de Direito Público e todos os deveres e restrições a ele inerentes, orbitando em um regime híbrido de direitos, garantias e deveres no exercício da representação judicial e extrajudicial dos entes públicos.

Cabe ressaltar que apesar da inexistência de um Estatuto Jurídico próprio, as atribuições da Advocacia Pública de representação judicial e extrajudicial, bem como de consultoria e assessoramento jurídico do respectivo ente público, estão devidamente previstas na própria Constituição Federal (arts.131 e 132). Ademais, deve ser observado pelo Advogado Público, par além de seu regime próprio, o Código de Ética e o Estatuto da Advocacia (art. 3º, §1º da Lei nº 8.96/1994).

A construção do modelo institucional da Advocacia Pública, com salvaguarda de suas garantias e deveres, perpassa necessariamente pela interpretação de suas competências constitucionais e legais, estabelecendo-se, de um lado, o limite de sua atuação para evitar invasão de competências alheias e possíveis excessos e, de outro lado, garantir o livre exercício de suas competências com proteção à autonomia técnica e independência, sem qualquer tipo de influência externa coercitiva ou ingerência indevida.

Nesse contexto cercado por tensões interpretativas, é importante o estudo dos julgados que tratam do assunto, como meio de criticamente analisar a correção ou incorreção de posicionamentos jurisprudenciais, fortalecendo o debate acerca do perfil institucional da Advocacia Pública.

A probidade administrativa tem como instrumento legislativo regente a Lei nº 8.429/1992, que estabelece o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada como legitimados para propositura da ação (art. 7º, *caput*). O objetivo da Lei nº 8.429/1992 é a proteção da moralidade e probidade administrativas, a qual prevê o procedimento judicial e extrajudicial, a tipificação de condutas ímprobas e as sanções decorrentes dessas condutas.

Importante decisão judicial a ser analisada é o julgado do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.165.456/SE pelo Supremo Tribunal Federal, onde se mostra importante a análise de seus fundamentos.

## 2. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.165.456/SE

No julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.165.456/SE foram abordadas relevantes questões para à Advocacia Pública como instituição, como as questões sobre a autonomia técnica, os limites da possibilidade de instituição legislativa de restrição ao desempenho da atividade de representação judicial do respectivo ente público e a atribuição da Advocacia Pública na defesa do direito coletivo à probidade administrativa.

Quanto à primeira questão, relativa à isenção ou autonomia técnica do Advogado Público, constou do voto do Ministro Luis Roberto Barroso:

Ressalvado o importante papel que desempenham no controle de juridicidade da Administração Pública, as Procuradorias frequentemente desempenham funções que podem exigir alguma parcialidade (e.g, na representação judicial da fazenda), além de uma relativa afinidade de ideias, dentro da própria instituição e em relação à Chefia do Executivo. Por outro lado, como os advogados em geral, os Procuradores dos Estados, gozam da isenção técnica necessária ao exercício livre de sua elevada função. Garante-se, inclusive, o direito de se recusarem a defender certa pretensão em algumas hipóteses.

Fica claro no voto vencedor do Ministro Barroso que o Advogado Público é detentor de autonomia técnica, que lhe permite o livre exercício de suas funções sem que exista qualquer tipo de subordinação técnica com relação ao gestor público do ente federativo respectivo.

A autonomia ou isenção técnica é a garantia constitucional<sup>1</sup> de que o membro da Advocacia Pública tem plena liberdade, sem ingerências de quaisquer formas, no desempenho intelectual da consecução de suas atribuições.

Ela visa assegurar que o membro da Advocacia Pública não sofra pressões tendenciosas ou represálias ilegais no exercício intelectual de suas atribuições, que não são subordinadas tecnicamente ou hierarquicamente.

A autonomia técnica espalha seus efeitos para todas as formas possíveis de ingerências externas que possam afetar, de algum modo, o desenvolvimento da atividade técnica-jurídica do membro da Advocacia Pública.

Nesse contexto, inclui-se no campo de proteção da autonomia técnica do Advogado Público a vedação de represálias em razão do livre exercício intelectual que o afetem no âmbito funcional, hierárquico<sup>2</sup> ou relativo à estrutura remuneratória.

A garantia constitucional da autonomia técnica ao membro da Advocacia Pública

permite que o interesse público,<sup>3</sup> em sua moderna concepção constitucional de garantia de direitos fundamentais<sup>4</sup> e não mais de interesse da própria Administração Pública,<sup>5</sup> seja preservado em sua plenitude por meio de um controle de legalidade realizado de forma imparcial e sem propósitos tendenciosos amparados em fins que não embasados no próprio ordenamento jurídico.

Como já exaustivamente afirmado pela doutrina e jurisprudência nacionais, a Advocacia Pública é órgão de Estado e não de Governo. A Advocacia Pública não foi criada constitucionalmente para instrumentalizar determinado governo ou partido político. Sua função constitucional é órgão integrante da estrutura estatal voltado ao controle interno da legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos.

A garantia da autonomia técnica é facilmente visualizada no exercício da função consultiva e de assessoramento por parte do Advogado Público, apresentando certa dificuldade na atividade de representação judicial quanto ao estabelecimento da linha divisória entre a isenção/autonomia técnica e eventual autonomia funcional.

Entretanto, não há lógica ou motivação para restringir a isenção técnica à seara extrajudicial das atividades da Advocacia Pública, incidindo, de igual forma, no campo da representação judicial do respectivo ente público. No voto do Ministro Barroso, em que pese a abstração da fundamentação, firmou-se que “garante-se, inclusive, o direito de se recusarem a defender certa pretensão em algumas hipóteses”, ampliando o campo de incidência da isenção técnica para todas as funções desenvolvidas pelo membro da Advocacia Pública.

Um reflexo imediato da garantia da autonomia técnica do Advogado Público é a inconstitucionalidade da ocupação de cargos de provimento em comissão, dentro da estrutura da Advocacia Pública, por pessoas não componentes do quadro de Advogados Públicos ingressos por concurso público para a carreira.<sup>6</sup>

O julgado, entretanto,<sup>7</sup> reforçou a jurisprudência dominante do próprio Supremo Tribunal Federal de que a Advocacia Pública não detém autonomia funcional por expressa opção da Constituição Federal,<sup>8</sup> que foi omissa no apontamento dessa autonomia, bem como em razão do princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública.<sup>9</sup>

Questões práticas definirão, caso a caso, onde termina a autonomia ou isenção técnica e onde inicia a independência funcional. Por exemplo, a autonomia técnica do Advogado Público se esgota na atribuição de consultoria ou assessoramento jurídico ou também está presente plenamente na representação judicial? Discordante dos fundamentos jurídicos ou fáticos expostos pelo gestor público, é possível ao Advogado Público não ajuizar determinada ação? É possível ao Advogado Público, sem autorização expressa em lei ou do gestor público, desistir de uma ação judicial ou reconhecer a procedência do pedido da parte adversa quando entender respaldado pelo ordenamento jurídico?

Essas questões - e muitas outras a depender do caso concreto - é que influenciarão nos contornos institucionais do exercício da Advocacia Pública enquanto não houver, por parte de legislação regulamentar clara e precisa, a definição dos limites da autonomia téc-

nica da Advocacia Pública.

A segunda questão, atinente aos limites da possibilidade de instituição legislativa de restrição ao desempenho da atividade de representação judicial do respectivo ente público, constou do voto do Ministro Barroso de que a previsão legislativa de anuência do Chefe da Advocacia Pública para o ajuizamento de ação civil pública não ofende a Constituição Federal, justamente pela inexistência de autonomia funcional e hierarquização da estrutura da Advocacia Pública.

Contudo, é inconstitucional por ofensa ao princípio da impessoalidade a previsão legislativa de subordinação ou necessidade de anuência prévia do gestor público no que se refere ao ajuizamento de ação civil pública por parte da Advocacia Pública, que está subordinada diretamente à estrutura hierárquica do próprio órgão em questões de natureza técnica-jurídica:

Por todas essas razões, fica claro que a exigência, contida na lei estadual e afirmada no acórdão recorrido, da anuência do Procurador-Geral do Estado para o ajuizamento de ação civil pública, não ofende a Constituição Federal. Por outro lado, a exigência de autorização do Governador do Estado para a propositura de ação de improbidade aparentemente viola o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição. A atividade estatal como um todo, e a administrativa em particular, deve observar o princípio da impessoalidade como um mandamento inafastável (CF/88, art. 37, caput). O interesse do ente público que a Procuradoria do Estado é constitucionalmente instada a representar não pode se confundir com o interesse do agente político que chefia o ente público. Nesse sentido, quando o interesse público demanda a atuação da Procuradoria – como ocorre, por exemplo, no controle de legalidade exercido por meio da ação de improbidade – não pode a vontade do Governador impedir essa atuação.

Ressalte-se, mais uma vez, que a Advocacia Pública, dentro de sua estatura constitucional no Estado Democrático de Direito, não segmenta sua atuação ao interesse público secundário (instrumental), mas sim o interesse público primário em sua moderna concepção:

Além disso, a indeterminação do 'interesse público' conduz a diversas discussões a respeito do seu conceito, do seu intérprete e do seu defensor. Por influência da doutrina jurídica italiana, solidificou-se no Brasil a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, com alguns autores atribuindo a defesa do primeiro ao Ministério Público e a defesa do segundo à Advocacia Pública. [...] Entretanto, a questão da esfera de atuação da Advocacia Pública e do Ministério Público não pode ser vista de maneira tão singela. Ambas as instituições possuem idêntica estatura constitucional, localizadas no mesmo título e no mesmo capítulo da Constituição Federal, como funções essenciais à justiça, e a compreensão do âmbito de atuação de cada uma, no que concerne ao interesse público envolvido, exige maiores reflexões. [...] Em verdade, a Advocacia Pública tem o amplo escopo de atuar na defesa do interesse público, tanto primário quanto secundário.<sup>10</sup>

Como visto, a perseguição do interesse público por meio das funções da Advocacia Pública, considerada pelo texto constitucional como Função Essencial à Justiça, não se subordina a qualquer tipo de voluntarismo político:<sup>11</sup>

Assim, da mesma forma que os integrantes da Advocacia Pública em geral, aqueles pertencentes à Advocacia Pública do Município também só se deve admitir a defesa do interesse público primário, jamais a do interesse pessoal do governante ou da autoridade. O interesse público secundário, compreendido, conforme já afirmado, com o interesse da Administração, ou seja, 'o modo pelo qual os administradores, individual e pessoalmente, veem o interesse público', só poderá ser atendido se estiver em consonância com o interesse público primário.<sup>12</sup>

A atribuição da Advocacia Pública na defesa do direito coletivo à probidade administrativa restou reconhecida no referido julgado, demonstrando que o compromisso institucional da Advocacia Pública, conforme previsão constitucional, não é sujeita a políticas transitórias de Governo,<sup>13</sup> mas é relacionado com o próprio ordenamento jurídico e políticas públicas legítimas, consoante já exposto na clássica lição de Dalmo de Abreu Dallari:

O Procurador Público é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito. Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito. Conscientes de que o poder político e a atividade administrativa são expressões da disciplina jurídica das atividades de direção e administração da sociedade, o Procurador, orientando ou promovendo a defesa de interesses, jamais deverá omitir o fundamento jurídico de seu desempenho. E sua consciência jurídica não lhe há de permitir que, pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, invoque o Direito segundo critérios de conveniência, para acobertar ações ou omissões injustas.<sup>14</sup>

A Advocacia Pública deve repelir, dentro de suas funções constitucionais, quaisquer comportamentos e atos estatais que reproduzam o patrimonialismo que marcou tão fortemente o Poder Público nacional. A Advocacia Pública não é instrumentaliza políticas do governante, mas legitima por sua análise políticas do Estado:

O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição. [...] Não era fácil aos detentores das posições públicas da responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário 'patrimonial' do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos.<sup>15</sup>

Nesse contexto, a Advocacia pública tem grande responsabilidade funcional na defesa coletiva da probidade administrativa, sendo que "a defesa judicial de políticas públicas legítimas é missão fundamental da Advocacia Pública, ligada intimamente à própria ideia de democracia."<sup>16</sup>

### 3. CONCLUSÃO

A Advocacia Pública, na qualidade constitucional de Função Essencial à Justiça e impulsionada pela autuação de seus membros, vem construindo seu modelo institucional através da solidificação de suas funções na estrutura do Estado Democrático de Direito brasileiro, especialmente por meio de alterações legislativas e decisões jurisprudenciais.

Nesse cenário se mostra importante uma análise do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.165.456/SE pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou incompatível com a Constituição Federal a autorização prévia do Chefe do Poder Executivo para o ajuizamento, por parte da Advocacia Pública, de ação de improbidade administrativa.

No julgado foram abordadas questões relevantes à Advocacia Pública como insti-

tuição, como a autonomia técnica, os limites da possibilidade de instituição legislativa de restrição ao desempenho da atividade de representação judicial do respectivo ente público e a atribuição da Advocacia Pública na defesa do direito coletivo à probidade administrativa.

Consagrou-se a autonomia ou isenção técnica como vetor interpretativo essencial para a leitura constitucional das funções da Advocacia Pública, no sentido do livre exercício de suas funções sem que exista qualquer tipo de subordinação técnica ou disciplinar com relação ao gestor público do ente federativo respectivo, incluindo-se no âmbito protetivo da autonomia técnica a vedação de represálias em razão do livre exercício intelectual que o afetem no âmbito funcional, hierárquico ou concernente à estrutura remuneratória.

Acerca dos limites da possibilidade de instituição legislativa de restrição ao desempenho da atividade de representação judicial do respectivo ente público, o julgado deixou claro que a previsão legislativa de anuência do Chefe da Advocacia Pública para o ajuizamento de ação civil pública não ofende a Constituição Federal em virtude da inexistência de autonomia funcional da Advocacia Pública, subordinada a hierarquização dentro da sua própria estrutura.

Entretanto, é inconstitucional por ofensa ao princípio da impessoalidade a previsão legislativa de anuência prévia do Chefe do Poder Executivo ou Legislativo quanto ao ajuizamento de ação civil pública por parte da Advocacia Pública, que está subordinada diretamente à estrutura hierárquica do próprio órgão em questões de natureza técnica-jurídica. Vislumbrada tal situação, deverá o próprio Advogado Público, no bojo da própria ação civil pública proposta, requerer como um dos fundamentos da ação a declaração incidental da inconstitucionalidade da norma que promova a indevida subordinação à autorização prévia do Chefe do Poder, podendo adotar outras medidas processuais em face da norma inconstitucional de subordinação, incluindo a impetração de mandado de segurança ou propositura, através de Associação de classe de âmbito nacional ou local/regional<sup>17</sup> de Ação Direta de Inconstitucionalidade para controle concentrado de constitucionalidade da norma.

Por fim, a Advocacia Pública na defesa do direito coletivo à probidade administrativa restou reconhecida, reforçando o entendimento de que o compromisso institucional da Advocacia Pública não é sujeita a políticas transitórias de Governo, mas é relativa ao próprio controle de juridicidade dos atos estatais para garantia da observância do ordenamento jurídico por meio da legitimação de políticas públicas condizentes com a ordem jurídica, não cabendo o controle interno da Advocacia Pública quanto aos atos internos de controle de legalidade ou juridicidade, haja vista que são atos típicos do próprio múnus público exercício pelo Advogado Público.

## 4. NOTAS

1. STF. RE 663696. "Mas não é só. Ao desvincular, quanto ao tema, a Advocacia Pública do Poder Executivo, a Constituição preservou as características das carreiras jurídicas, que devem atuar de forma coordenada e independente, sem subordinação efetiva ou técnica. Assim, tratando-se de estrutura remuneratória, os advogados públicos não devem estar sujeitos a incisivas interferências políticas, de modo que para os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, o teto é o subsídio dos desembargadores,

enquanto que, para os membros da Advocacia-Geral da União, o teto é o subsídio dos Ministros desta Casa. Em relação às funções essenciais à justiça, o parâmetro não é, assim, o subsídio do Chefe do Poder Executivo. Tais premissas devem aplicar-se integralmente às Procuradorias Municipais. A natureza da função, seu papel institucional, a lógica de atuação, os interesses protegidos e até o recrutamento dos componentes é feito a partir dos mesmos requisitos. A inexistência de um Poder Judiciário municipal não afasta essa conclusão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 663.696/MG**. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2019. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2019).

2. “Há de se observar que a relação hierárquica é acessória da organização administrativa. Pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 92).

3. STF. RE 663696. “Com efeito, as funções essenciais à Justiça possuem capítulo próprio na Carta Magna (Capítulo IV do Título IV, referente à Organização dos Poderes), e subdividem-se em quatro seções: (i) Ministério Público (arts. 127 a 130); (ii) Advocacia Pública (arts. 131 e 132); (iii) Advocacia (art. 133); e (iv) Defensoria Pública (arts. 134 e 135). Não obstante as peculiaridades de cada uma delas, a reunião, sob um mesmo capítulo intitulado Funções Essenciais à Justiça, não se justifica, apenas, por se referirem a carreiras jurídicas integradas exclusivamente por membros bacharéis em direito. É que os referidos agentes públicos ostentam a missão de assegurar, cada qual no seu âmbito e por intermédio da provocação jurisdicional, todo o tecido de interesses constitucionais, seus valores e princípios. Portanto, são indispensáveis para o resguardo de áreas sensíveis do ordenamento jurídico, mormente no campo da garantia dos direitos fundamentais e na concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito. [...] O constituinte inseriu a Advocacia da União e as Procuradorias dos Estados dentro do Capítulo IV do Título IV do texto, que trata das Funções Essenciais à Justiça. Fê-lo por entender que, ao lado das carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública, também à Advocacia Pública está destinado o mister de exercer a defesa combativa do interesse público, que se consubstancia na concretização do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 663.696/MG**. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2019. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2019).

4. “No Estado Constitucional, não se deve mais distinguir entre Estado e sociedade. O Estado Constitucional caracteriza-se não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. [...] Sendo assim, ao contrário do que preconiza grande parcela da doutrina administrativista, a condição de existência e legitimidade do Estado Constitucional passa necessariamente pela submissão do interesse público aos direitos fundamentais. [...] A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público configura a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional” (ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 200-203).

5. “El interés público no es el interés de la administración pública. Así, el juego es contrario al interés público y explotado por la administración como en el caso de hipódromos, loterías, etc, redundando en su beneficio material (incluido el beneficio material de los funcionarios políticos) pero no en beneficio social; la venta de cigarrillos es una bonanza tributaria para el Estado – un aparente beneficio público - aunque la sociedad así gasta mucho más para atender las enfermedades que provoca el fumar; más lo que la sociedad pierde en enfermedades y muertes. [...] Se concibe al interés público tan sólo como una conveniencia material o económica; nada más. Y ello comporta un error humano decisivo. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores de seguridad y conveniencia sino también y primordialmente el valor

justicia.” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: la defensa del usuario y del administrado*. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2014, p. 283).

6. STF. RE 1064618 ED-AgrR. “A decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada ao entendimento firmado pelo STF no sentido de que é inconstitucional norma que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1064618 ED-AgrR**. Relator: Min. Roberto Barroso, 29 de março de 2019. Brasília: STF, 2019).

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR tirado de ação direta de inconstitucionalidade de lei nº 2095475-22.2018.8.26.0000, alegando os autores que a controvérsia cinge-se unicamente ao exercício do cargo de chefia dos órgãos da advocacia pública. Órgão Especial desta Corte que fixou entendimento no sentido de que os Municípios estão sujeitos ao regramento dos arts 98 a 100 da Constituição Estadual, vale dizer, que os cargos de direção da advocacia pública devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Jurídico. Ausência de controvérsia sobre o tema. Julgado do STF no RE 883446/SP que não vincula esta Corte. Incidente inadmitido, com determinação. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2229223-53.2018.8.26.0000**. Relator Xavier de Aquino, 06 fev. 2019. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2019).

7. No voto do ministro Luís Roberto Barroso contou que “o Supremo Tribunal Federal já afirmou ser incabível a extensão aos procuradores de estado das garantias constitucionais conferidas aos membros da Magistratura e do Ministério Público. Os Procuradores de Estado não gozam da prerrogativa da autonomia funcional. Por outro lado, como os advogados em geral, gozam da isenção técnica necessária ao exercício livre de sua função”.

8. “É inconstitucional norma que atribui à Procuradoria-Geral do Estado autonomia funcional e administrativa, dado o princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública. O cargo de Procurador Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador Geral entre membros da carreira ou não. Precedentes. A garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição Federal apenas aos Magistrados, aos membros do Ministério Público e aos membros da Defensoria Pública, não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado. Em síntese, a autonomia conferida aos Estados pelo art. 25, caput da Constituição Federal não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória. Precedentes. Ação direta julgada parcialmente procedente”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 291/MT**. Relator: Joaquim Barbosa, 07 de abril de 2010. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2010).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 135, I; E 138, CAPUT E §3.º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA. AUTONOMIA INSTITUCIONAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. REQUISITOS PARA A NOMEAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL, DO PROCURADOR-GERAL ADJUNTO E DO PROCURADOR-CORREGEDOR. O inciso I do mencionado art. 135, ao atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira à Procuradoria paraibana, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Os demais dispositivos, ao estabelecerem requisitos para a nomeação dos cargos de chefia da Procuradoria-Geral do Estado, limitam as prerrogativas do Chefe do Executivo estadual na escolha de seus auxiliares, além de disciplinarem matéria de sua iniciativa legislativa, na forma da letra c do inciso II do §1.º do art. 61 da Constituição Federal. Ação julgada procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 217/PB**. Relator: Ilmar Galvão, 28 de agosto de 2002. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2002).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art.

132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 470/AM**. Relator: Ilmar Galvão, 01 de julho de 2002. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2002).

9. "Independência é o oposto a hierarquia funcional. No Brasil, o Ministério Público só conhece hierarquia em sentido administrativo, pois detém autonomia funcional (autonomia em face de outros órgãos do Estado) e tanto seus órgãos como seus membros gozam de plena independência funcional (independência em face de outros órgãos mesmo Ministério Público)" (MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 390).

10. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância da advocacia pública de Estado para a democracia constitucional. In: EDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (coord). **Advocacia Pública de Estado: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas**. P Curitiba: Juruá, 2014, p. 99-100.

11. "Não é a presidente da República, nem o governador de Estado, nem o prefeito, nem o presidente de qualquer tribunal ou casa legislativa que orientam a ação da Advocacia Pública. A Advocacia Pública age e deve agir independentemente da provocação de quaisquer dessas respeitáveis autoridades na defesa do patrimônio e interesse públicos, pois tem competência constitucional para isso, o que quer dizer que tem poder constitucionalmente conferido para fazer isso e, portanto, obrigação de assim atuar. [...] Evidentemente que, constituindo-se no corpo de advocacia à disposição do Estado e de seus administradores, pode ser instada por essas autoridades a atuar para a implantação, manutenção, garantia, defesa ou mesmo conformação jurídica das políticas públicas legitimamente propostas pelos Poderes constituídos. Contudo, a advocacia pública possui também instrumental próprio, derivado de sua competência constitucional, para agir de per si na defesa do patrimônio e interesse públicos." (SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes. Advocacia pública autônoma beneficia a sociedade. **Conjur - Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-04/marcia-semer-advocacia-publica-autonoma-beneficia-sociedade>. Acesso em: 04. out. 2013).

12. CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. In: GUEDES, Jefferson Carús; MOESSA DE SOUZA, Luciane (coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 237.

13. "Infelizmente, no atual contexto histórico, percebe-se ainda a tentativa por parte de alguns integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo de utilizarem a advocacia pública como instrumento jurídico legitimador de atos administrativos ou políticas públicas implantadas sem uma prévia análise técnica-jurídica do órgão consultivo. Mais ainda, permanece a confusão para alguns administradores da utilização da advocacia pública para defesa de interesses privados quando efetuados no exercício do cargo público, mas que, na verdade, são dissociados do interesse público." (MAZZEI, Marcelo Rodrigues; LORENZI, Marcelo Tarlá; PAZETO, Henrique Parisi; SÉGIO DA SILVEIRA, Sebastião; NETO, Zaiden Geraige. A Administração Pública na Tutela Coletiva da Moralidade Administrativa e do Patrimônio Público: O Papel da Advocacia Pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 699-717, maio/jun. 2015, p. 704).

14. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

15. BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 141-146.

16. BINENBOJM, Gustavo. O papel da Advocacia Pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (coord). **Advocacia Pública de Estado: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115.

17. Na forma do art. 125, §2º da Constituição Federal, observada a legitimação ativa prevista na Constituição Estadual para propositura de ADI em face de norma municipal ou estadual frente à própria Constituição Estadual.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. O papel da Advocacia Pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. *In*: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (coord). **Advocacia Pública de Estado**: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 217/PB**. Relator: Ilmar Galvão, 28 de agosto de 2002. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 291/MT**. Relator: Joaquim Barbosa, 07 de abril de 2010. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 470/AM**. Relator: Ilmar Galvão, 01 de julho de 2002. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 663.696/MG**. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2019. Tribunal Pleno. Brasília: STF, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 1064618 ED-AgR**. Relator: Min. Roberto Barroso, 29 de março de 2019. Brasília: STF, 2019.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública**: mito e realidade. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; MOESSA DE SOUZA, Luciane (coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: la defensa del usuario y del administrado**. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2014.

GRAF, Ana Cláudia Bento; PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. Proteção do Meio Ambiente e do erário: um novo paradigma para a Advocacia Pública. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman; PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José (coord.). **Direito Ambiental e as funções essenciais à Justiça**: o papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2011.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; LORENZI, Marcelo Tarlá; PAZETO, Henrique Parisi; SÉGIO DA SILVEIRA, Sebastião; NETO, Zaiden Geraige. A Administração Pública na Tutela Coletiva da Moralidade Administrativa e do Patrimônio Público: O Papel da Advocacia Pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 699-717, maio/jun. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as Procuraturas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância da advocacia pública de Estado para a democracia constitucional. *In*: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (coord). **Advocacia Pública de Estado: Estudos comparativos nas democracias Euro-americanas**. Curitiba: Juruá, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2229223-53.2018.8.26.0000**. Relator Xavier de Aquino, 06 fev. 2019. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2019

SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes. Advocacia pública autônoma beneficia a sociedade. **Conjur - Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-04/marcia-semer-advocacia-publica-autonoma-beneficia-sociedade>. Acesso em: 04. out. 2013.

Recebido em: 15/03/2021

Aceito em: 15/07/2021

# ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE COMPLIANCE HUMANIZADO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

## *Some Reflections on Humanized Compliance in the Age of Artificial Intelligence*

**Phillip Gil França**

Pós-doutor (CAPES\_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da graduação e do Mestrado em Direito da UNIVEL/PR e da Escola da Magistratura do Paraná. Advogado (PR, Brasil).

### Resumo

Este paper é baseado na ideia de que todo cidadão, ligado a entidade pública ou privada, deve se importar com o *compliance* e perceber sua importância, especialmente nessa era da inteligência artificial. É importante que seja percebida a relação entre *compliance* e direitos humanos fundamentais. A partir de um conceito de *compliance* embasado em lei, com base em metodologia descritiva conceitual, conclui-se que o programa deve ser humanizado e estar comprometido com padrões éticos.

**Palavras-chave:** Inteligência artificial. *Compliance* humanizado. Ética.

### Abstract

This paper is based on the idea that every citizen, connected to a public or private entity, should care about compliance and realize its importance, especially in this age of artificial intelligence. It is important that the relationship between compliance and fundamental human rights is perceived. From a compliance concept grounded in law, based on conceptual descriptive methodology, it is concluded that the program must be humanized and be committed to ethical standards.

**Keywords:** Artificial intelligence. Humanized Compliance. Ethics

### Sumário

Notas; Referências

Assim, como já estabeleceu Confúcio, é preciso, primeiro, “dar o exemplo”. Segundo, faz-se necessário agir proativamente e ser parte do combate à ilegalidade no ambiente virtual para que tal dimensão se mantenha útil para o objeto comum de realizar um futuro melhor do que o passado já vivido.

Em resumo, é essencial que o cidadão projetado no ambiente virtual também assuma sua condição de protagonista da manutenção da saúde do meio ambiente digital onde está inserido – e sair, definitivamente, das sombras de coadjuvantes que não se coaduna com a necessidade de rápida percepção, absorção e reação frente ao novo universo multi-informativo que caracteriza a era da Inteligência Artificial (IA).

É preciso lutar para o melhor possível, conforme as possibilidades disponibilizadas, para que o respeito aos direitos fundamentais seja prioridade no agir público e privado.

A IA tomará conta da realidade e a cada dia que passa, a extensão do subjetivo humano está sendo objetivada pela lógica algorítmica cibernética, pois, a tomada de terreno da IA pressiona a diminuição das relações humanas diretas, com a substituição das relações indiretas, das quais dependem a *conexão*, por meio de instrumentos cibernéticos, entre pessoas – existentes ou não (*avatars* ou robôs) – que precisam ser protegidas de outras pessoas – existentes ou não (*avatars* ou robôs) – que, nesse cenário, ultrapassam um novo sentido do direito, qual seja: *a tutela dos direitos potencialmente subjetivos, pois (eventualmente) pertencem ao subjetivo coletivo lastreado pelo mundo virtual.*

Isto é, a efetividade dos direitos e dos deveres fundamentais começam e terminam a partir desse lastro, agora, cibernético e não mais natural, entre pessoas somente. Seguir o caminho do constitucional, conforme direitos fundamentais, talvez se torne uma tarefa ainda mais difícil, pois novos “ruídos artificiais na comunicação” passam a existir. E, tal como já ilustrado na fábula do mágico de OZ, conforme fundamentos *confucianos: não desviar do caminho dourado é o grande segredo.*

Para tanto um dos instrumentos indicados para que tal trilha seja atendido de forma satisfatória é a implantação de programas de *compliance digital humanizados*, isso é, que sejam estabelecidos e desenvolvidos em conformidade com os direitos fundamentais.

Segundo o Comitê Administrativo de Defesa Econômica, “*compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores”.<sup>1</sup>

Entretanto, é pertinente recordar que *compliance* não é algo novo. A novidade, talvez, esteja na sua *imprescindibilidade* atual para grande parte dos negócios e, em breve, para qualquer negócio que se revele minimamente sério. Sem dúvida, o custo de implementação de pudorosos programas de *compliance* nunca será tão alto quanto o prejuízo de não estar em conformidade. Isso porque, o valor de uma *não conformidade*, para uma empresa ou para uma entidade pública, que dependem de *credibilidade para atuar*, é *imensurável* e se propaga no *tempo* e no *espaço indefinidamente.*

Um dos maiores danos que qualquer entidade (pública ou privada) venha a sofrer em

razão de inconformidades, penalizadas pelo sistema regulatório anticorrupção e de conformidade de pessoas jurídicas (destaque à Lei 12.846/2013), além do financeiro direto, é o da reputação, da credibilidade e do rompimento de uma história escorreita construída sobre pilares da ética e da boa governança.

Logo, acompanhado do dever de prezar pela imagem da organização engajada em um *projeto de integridade*, é importante esclarecer que programas de integridade são atualmente necessários, inclusive, para viabilizar negócios, ao baixar os custos de transação das atividades empresariais e estatais, justamente para que ocorra um *maior e melhor* desenvolvimento intersubjetivo dos participantes do Estado.

Uma economia em que as relações obrigacionais possuem um custo menor, é uma economia onde mais negócios acontecem, pois, com baixo risco e alta confiança, o desenrolar dos contratos é mais ágil e as fricções geradas pelas possíveis inconformidades são reduzidas.

E assim ocorre justamente porque programas de *compliance* estabelecem, pelo menos, duas perspectivas na atividade proativa de controle das entidades.

Uma *interna*, com o concreto objetivo, inclusive, de orientar os colaboradores e agentes das entidades sobre a necessidade de agir nos limites da integridade, a partir de um claro regramento de boas práticas; de prevenir irregularidades; de monitorar ações e comportamentos; bem como, de sancionar agentes faltosos e de reestruturar os possíveis atos de inconformidade daqueles que estão no interior dos muros da entidade; entre outros quesitos.

Outra *externa*, em que será necessário desenvolver, por exemplo, a sensibilidade e a pesquisa para adequar a cultura da empresa aos parâmetros locais de *quando* e *onde* a entidade está inserida; o estabelecimento de relacionamentos produtivos com os respectivos órgãos de controle que regulam a atividade da pessoa jurídica que possui um programa de integridade estabelecido; a obrigatória submissão das entidades ao sistema regulatório correspondente; entre outras obrigações necessárias para a busca de um *efetivo* programa de *compliance*.

Sem dúvida, implementar um consciencioso programa de *compliance*, com uma equipe preparada, treinada e experimentada para tanto, de forma estruturada e adequada ao porte e à complexidade de uma empresa ou de uma entidade pública, irá permitir uma salutar atuação preventiva, assim como um ambiente organizacional sustentável e ético propício para a continuidade e o desenvolvimento das atividades dessas organizações.

Nesse sentido, por exemplo, é sabido que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) tem gerado alguns questionamentos e hesitações por parte das empresas que tendem a se preocupar com o tema apenas mais adiante, já que a respectiva lei concedeu prazo (aparentemente) significativo para a promoção das pertinentes adaptações frente ao seu conteúdo.

No entanto, aguardar a plena vigência da lei para então iniciar a adequação da empresa ou da entidade pública à norma pode representar uma falha capital de gestão que, por si, é capaz de levar as empresas à derrocada e os administradores públicos à pesadas

punições administrativas, por exemplo (sem falar da responsabilização criminal e cível, também, eventualmente, decorrente da prática de atos que agridam a regulação de proteção de dados já estabelecida).

Desse modo, em respeito próprio, do cidadão, do cliente e do mercado onde se está inserido, pensar em programas de *compliance* e de *compliance* digital indica, objetivamente, que a responsabilidade e o comprometimento com o permanente respeito a todos os envolvidos na atividade de uma determinada organização está presente.

Porque, afinal, respeito é bom, todo mundo gosta e traz desenvolvimento sustentável aos impactados (interna e externamente) pelas empresas e entidades públicas responsáveis (e responsabilizáveis).

No contexto do combate à corrupção, conforme expressão normativa estampada no Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013, ao dispor sobre a operacionalidade da responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tem-se que *compliance* – ou programa de integridade – pode ser compreendido da seguinte forma:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Ou seja, trata-se de um feixe de atos organizacionais destinados a estipular uma clara e objetiva política de atuação corporativa em conformidade com a lei e com os princípios éticos vigentes em um determinado *tempo* e *espaço*.

De igual maneira, espera-se de tal conjunto de atos harmônicos implantados como necessários para uma entidade pública ou privada em *compliance*, o estabelecimento de um determinado caminho a ser seguido por todos, tendo como bússola o amadurecimento de uma dada cultura de desenvolvimento conforme os limites do que é correto para que, assim, tais organizações diminuam ao máximo as suas fricções obrigacionais e sociais, internas e externas, para um maior grau de credibilidade dessa pessoa jurídica submetida a um programa de integridade, de seus dirigentes e de seus colaboradores – não só frente ao mercado onde exerce suas atividades, mas, também, perante toda a sociedade onde está inserida.

Logo, *compliance* não se resume a um ato, ou a um conjunto de atos aleatórios, sem uma propositada concatenação. Necessariamente, um programa de *compliance* precisa representar uma cultura de atuação organizacional harmonicamente aparelhada para demonstrar – externa e internamente – que uma entidade (pública ou privada) está comprometida com o que é correto, conforme padrões éticos e regulatórios estabelecidos a partir de um recorte temporal e espacial, bem como com o desenvolvimento intersubjetivo de todos os envolvidos e impactados pela sua atuação.

Isso é, *compliance* representa a maneira como uma entidade pode se expressar para os seus e para os outros de modo a identificar seus pontos fortes de integridade e aqueles que precisam ser aperfeiçoados para que sua imagem possa ser fortalecida e, assim, maiores e melhores negócios possam ser desenvolvidos consigo.

*Compliance*, então, é mais do que um plano de ação empresarial em que se busca efetividade de resultados provenientes de uma conformação legal e ética de todas as suas ações, pois tal programa de controle interno organizacional representa um compromisso com o "outro" e o reconhecimento de que, *sozinho*, ninguém *evolui*.

Programa de integridade, então, precisa ser um programa humano para o aprimoramento humano, com requisitos e metas humanas, com o objetivo final de proporcionar uma melhora, quantitativa e qualitativa, ao ser humano, como aquele que a cada momento pode ser ainda mais eficiente em um ambiente corporativo. Assim, talvez, o atual caminho adequado seja o de buscar um '*programa de compliance humanizado*'.

Desse modo, *compliance* preconiza, como já tratado nesta obra, que o ótimo não existe além de um específico ponto no tempo e no espaço, fato que em nada auxilia para o sublinhado objetivo de crescimento de entidades públicas e privadas por meio da valorização do ser humano que as compõem. Assim, mirar ações ótimas como forma de integridade, na verdade, afasta as empresas e o Estado do que realmente importa para tal fim: ser eficiente para promover um ser humano melhor que, por sua vez, traga-lhe mais eficiência corporativa.

É fato que, nesse contexto de mecanismos de desenvolvimento empresarial e estatal conforme padrões legais e éticos, o ser humano precisa buscar o melhor possível nas atividades que executa, nos limites de sua capacidade como um homem que falha algumas vezes. Isso porque, é a partir da superação dessas falhas que surge a oportunidade de se encontrar um efetivo e concreto desenvolvimento pessoal para que, assim, advenha a possibilidade de contribuir para a evolução do sistema que faz parte.

Logo, de forma geral, programas de *compliance* visam identificar métodos de controle proativos de agentes partícipes de entidades públicas e privadas para que, dessa análise preliminar (diagnóstico) do que está em conformidade com a lei e com os padrões éticos estabelecidos, seja possível desenhar um mapa da entidade, destacando os pontos positivos e negativos, o que é preciso melhorar e o que é necessário maior atenção etc.

Com esse tabuleiro formado, faz-se necessário focar a atenção às peças que compõem a complexa estrutura de uma pessoa jurídica, mediante a verificação da sua estrutura hierárquica, dos seus métodos disciplinares e como o objeto de tal entidade é perseguido por cada um de seus agentes.

Identificar as tarefas, responsabilidades, prerrogativas, deveres, direitos, limites e gatilhos motivacionais de setores, de grupos de trabalho, de equipes de ação e, individualmente, de cada pessoa que constrói a personalidade de uma entidade, é essencial para diagramação da verdadeira natureza e essência da entidade que está sob um programa de integridade.

Assim, ao concluir a etapa de *diagnóstico* e de *identificação* da entidade, das pessoas e dos elementos funcionais que a compõem, um programa de *compliance* destina-se a *apontar*, hierarquizando falhas e acertos, quais serão os *melhores caminhos* que tal entidade pública ou privada precisa seguir para que o objetivo maior – ser e parecer séria perante si, seus colaboradores e a sociedade – seja atingido e mantido ao longo do tempo para que os riscos de negociar consigo sejam os mais baixos possíveis.

Desse modo, cabe ao programa de integridade corporativo estabelecer mecanismos de manutenção da eficiência dos métodos implantados, justamente para que todas as engrenagens que conformam tal programa, atuem de forma diáfana e voltadas para um mesmo propósito.

Repita-se, pensar em *compliance* não é visar a otimização empresarial, pois esse é o desígnio característico das *máquinas*. Antes de tudo, programas de *compliance* são destinados à promoção do desenvolvimento humano para que, assim, promova-se o desenvolvimento das entidades (ainda) movidas por homens.

Nada mais trágico, ou definitivo, do que entregar mecanismos de integridade à IA. Isso porque, tal sorte representa a assunção da derrocada da raça humana.

Infelizmente, render-se à limitação por meio de mecanismos artificiais de controle significa admitir que a humanidade não deu certo, pois no afã desenvolvimentista desenfreado, no vale tudo em busca de ser melhor em tudo, vende-se – literalmente – a alma para um *goal* de perfeição inexistente e impraticável para o homem, mas, possível para máquina.

Portanto, em tal realidade catastrófica, a humanidade será obrigada a se transformar radicalmente, de forma a abandonar suas próprias características elementares. Ou seja, o que era natural, passa a ser sintético. O que era espontâneo, passa a ser programado. O que era consciência, passa a ser algoritmo.

Assim, importante deixar claro: *compliance* não pode significar perfeição. *Compliance* não pode indicar desumanidade. *Compliance* precisa identificar que pessoas podem e devem fazer o seu melhor, para alcançar os melhores resultados conforme suas características humanas.

Destarte, faz-se imprescindível a construção de um complexo de orientações, superviões e até mesmo de sanções, humanamente praticáveis, justamente para que se viabilize o desenvolvimento proporcional de todos os envolvidos na empresa ou no órgão estatal que está sob um programa de *compliance*.

Ignorar o homem (ainda) demonstra uma séria agressão aos preceitos éticos da atualidade. Distanciar a eficácia dos direitos fundamentais em tudo o que é feito em tais empresas e órgãos públicos, além de ilegal, também não se encaixa ao discurso de integridade positiva vendido por tais programadores de *compliance*.

Logo, não é possível afastar *compliance* da obrigatória observância dos deveres e dos direitos fundamentais a que todos os envolvidos no pacto constitucional estão subscritos.

Desse modo, a tarefa incansável do colaborador de empresas e de entidades pú-

blicas, titulares das atividades mais simples até o cargo com o mais alto grau hierárquico dessas organizações, é de promover os direitos fundamentais a partir da execução de suas tarefas profissionais a fim de tornar efetiva e concreta a cultura de fazer o *bem*, o *bom* e o *correto*.

Não há outra saída para salvar a humanidade da *optimilidade da Inteligência Artificial* que se avizinha, senão preservar as características essenciais do ser humano, com destaque à *empatia* necessária para a promoção dos direitos fundamentais, como forma de agir sempre preocupado com o outro, de modo a respeitar que todos façam parte, como engrenagens, de uma mesma máquina estatal movida com a energia da consciência humana de escolher seus caminhos.

Quando tal consciência alcançar patamares insustentáveis de não liberdade, influenciada por mecanismos artificiais que substituam desproporcionalmente a capacidade de decidir seus próprios destinos, programas de *compliance* não serão mais necessários, pois a máquina determinará os caminhos a seguir, mediante cálculos de probabilidade consequencialista que o ser humano, por si, jamais conseguirá realizar.

Assim, sem dúvida, respostas ótimas seriam alcançadas e programas de integridade, que buscam o melhor possível de entidades públicas e privadas perderiam o sentido – pois a máquina já realizara tal tarefa antes do ser humano.

Porém, a perfeição terá um preço incalculável. A substituição do homem pela máquina. Do natural pelo sintético. Do espontâneo pelo programado. Do autêntico pelo artificial. Do orgânico pelo sem vida.

Dessa forma, pensar em programas de *compliance* divorciados da promoção dos direitos fundamentais é aceitar que a humanidade falhou, faliu e deve fechar suas portas em nome de uma perfeição impraticável pelo homem.

Nessa esteira, o dever de buscar o *legal*, o ético e o *correto* precisa estar acompanhado do *agir conforme limitações humanas* e, assim, aceitar a necessidade de programas de integridade que direcionem a atividade do homem para um amanhã permanentemente melhor do que o diariamente vivido.

Por conseguinte, compreender a necessidade de programas de *compliance* em todas as empresas e órgãos públicos do Estado nacional é reconhecer que o *erro faz parte da jornada*, assim, como a busca de sua superação para a satisfação do alcance do desenvolvimento esperado.

Nada mais republicano do que abrir as portas para programas de *compliance* voltados para iluminar as entidades públicas e privadas que precisam, cada vez mais, de controle proativo de suas respectivas funções.

E nada mais humano do que compreender que processos de adaptação pressupõem vontade de mudança. Logo, sem considerar o fator humano, todo e qualquer programa de *compliance* estará fadado ao fracasso.

Nessa esteira, ao considerar o homem em planejamentos estratégicos de empresas

e órgãos públicos, faz-se necessário “linkar” os direitos fundamentais com todo e qualquer planejamento e desenvolvimento de políticas internas para que o entorno da organização em *compliance* ateste a legitimidade, a legalidade e a eficácia dos programas de integridade construídos e adequadamente aplicados em tais entidades.

Não é preciso sublinhar com tintas mais fortes que projetos de *compliance* também estão voltados a fortalecer a cultura organizacional direcionada à promoção do que é legal e ético ao longo de todas as atividades de empresas e órgãos públicos.

Isso porque, tais políticas de agir corretamente e de fazer o bem feito, sem dúvida, representam fatores decisivos para alavancar negócios e para promover os envolvidos como profissionais socialmente engajados – fatores que diminuem os custos de transação das entidades que representam.

Dessa forma, a proteção da boa reputação das entidades públicas e privadas sob um programa de *compliance* realizado conforme direitos fundamentais, traz uma certificação que certamente diferenciará ainda mais as empresas e os órgãos públicos comprometidos com o desenvolvimento humano.

Ainda, programas de *compliance* voltados à expressa promoção dos direitos fundamentais demonstram, ainda mais, o compromisso da empresa ou do órgão público com os valores constitucionais, fato que traz uma maior aderência de tais entidades à integridade dos sistemas regulatórios administrativos, civis e criminais a que estão adstritas.

Tal preservação do *status* regulatório positivo, ou em conformidade, representa uma importante proteção, inclusive, para a alta direção de tais empresas e órgãos públicos, reduzindo, naturalmente, os riscos de responsabilização dos ocupantes de tais cargos face aos possíveis atos ilegais de integrantes de suas respectivas organizações.

Como destacam Rômulo Paiva Farias, Márcia Martins Mendes De Luca e Marcus Vinicius Veras Machado:

O controle interno não pode ser dissociado do risco. Ambos seguem um caminho conjunto, que ajuda a instituição a atingir seus objetivos, quando aplicado e gerenciado da forma mais adequada. Segundo a Federação das Associações Europeias de Gerenciamento de Risco (*Federation of European Risk Management Associations*, 2003), o ‘risco pode ser definido como a combinação da probabilidade de um acontecimento e das suas consequências’.<sup>2</sup>

Os autores explicam que:

O simples fato de existir atividade, abre a possibilidade de ocorrência de eventos ou situações cujas consequências constituem oportunidades para obtenção de vantagens (lado positivo) ou ameaças ao sucesso (lado negativo). ‘Risco é a ameaça de que um evento ou uma ação afete adversamente a habilidade da organização em maximizar valor para os stakeholders e atingir seus objetivos e estratégias de negócio’ (*Darlington, Grout, & Whitworth*, 2001, p. 3). [...] No contexto da governança corporativa, controle interno e risco são interconectados de tal forma que o controle interno se tornou gerenciamento de risco.

Nessa esteira, para uma produtiva e acurada avaliação de riscos das entidades públicas e privadas, faz-se necessária participação ativa e o comprometimento da direção de tais organizações. Isso porque, sem o exemplo e a garantia de tomadas de decisões saneadoras frente aos desafios identificados, todo o esforço do programa de integridade será em vão.

Logo, é de ressaltar que a regulação interna, para assim construir a conformidade frente à regulação externa é elemento primordial para a construção de um programa de *compliance*.

Assim como a busca contínua de aprimoramento organizacional por meio de permanentes métodos de monitoramento das atividades corporativas, é de extrema importância a criação e o acompanhamento de sua efetividade, de cartilhas de boa conduta, meios de investigação e de medidas disciplinares, código de ética, ferramentas eficazes de comunicação e de programas de treinamento, canais de denúncias, estabelecimento de órgãos de controle interno, difusão e conscientização da cultura do ético e do legal etc.

Todas essas frentes de atuação demonstram, tanto para o público interno, como para o público externo, o comprometimento da organização em *compliance* com o combate ao que corrói qualquer estrutura pública ou privada: a corrupção. Logo, priorizar mecanismos de combate à corrupção sempre irá expressar como empresas ou órgãos públicos estão comprometidos com os objetivos fundamentais da República estabelecidos no art. 3º da CF/1988.

Sem o desenvolvimento de eficientes, eficazes e efetivos mecanismos de *compliance digital*, interligados de forma a promover o máximo desenvolvimento da regulação jurídica dessa realidade virtual cibernética, certamente o direito que hoje conhecemos será extinto e uma nova forma de delimitação de atividades interativas tomará esse espaço, com consequências conectadas à nova racionalidade sintética da IA.

Nesse cenário, caso não seja possível evitar tal destino, que se construa mecanismos para se aprender a sobreviver nesse porvir que já traz efeitos claros na realidade concreta em que se vive.

Ingenuidade seria pensar que a *força artificial nova* que cresce e que ocupa espaços cada vez maiores ao passar do tempo, de modo milhares de vezes mais rápida e mais poderosa que o desenvolvimento natural humano, encontrará limites para cessar sua evolução em razão de padrões éticos humanos simplesmente constituídos como meras *metas* ou *símbolos* que precisam ser atendidos.

Logo, ou a humanidade se empenha em construir pontes que estabeleçam uma comunhão de padrões éticos realizáveis entre a IA e o ser humano, ou a extinção aqui narrada não será apenas do Direito, mas, sim, da humanidade.

Talvez assim, fique claro o suficiente, quanto é importante criar e aprimorar mecanismos de *compliance digital*. É, sem exageros, uma questão de perpetuação da espécie frente a uma nova classe de seres sintéticos que a cada dia toma mais lugares dos naturais.

Ademais, a estruturação de programas de *compliance* digital nas empresas e na atividade estatal trarão, certamente, um aumento da credibilidade do mercado envolvido no meio ambiente virtual cibernético.

Fato que impõe aos empresários e aos gestores públicos a formulação não só de regulamentos internos voltados à boas práticas no universo digital, mas, também, mecanis-

mos que efetivamente coibam atos que coloquem em risco toda higidez da companhia ou do órgão público donde tal ato provém.

Desse modo, torna-se urgente a conscientização e a tomada de concretas ações dos empresários e dos gestores públicos no sentido de treinar seus colaboradores, de aumentar os cuidados dos seus ambientes virtuais e, finalmente, de demonstrar o quanto é importante a preservação de dados que não são seus, mas estão sob sua tutela – gerando, assim, responsabilidade pela boa guarda e zelo das informações pessoais daqueles que interagem eletronicamente com as empresas privadas e com o Estado.

## NOTAS

1. BRASIL. Ministério da Justiça. **Guia programas de compliance** - Comitê Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Brasília: Ministério da Justiça, 2016. p. 09. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf). Acesso em: 19 abr. 2019.

2. FARIAS, Rômulo Paiva; MENDES, Márcia Martins; MACHADO, Marcus Vinícius. **Contabilidade, gestão e governança**, Brasília, v. 12, n. 3, p. 55-71, set./dez. 2009.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Guia programas de compliance** - Comitê Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf). Acesso em: 19 abr. 2019.

FARIAS, Rômulo Paiva; MENDES, Márcia Martins; MACHADO, Marcus Vinícius. **Contabilidade, gestão e governança**, Brasília, v. 12, n. 3, p. 55-71, set./dez. 2009.

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 30/06/2021

# ASPECTOS JURÍDICOS E FINANCEIROS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

## *Legal and financial aspects of land regularization*

### **Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

Pós doutora em Direito pela UFRGS/2016. Doutora em Direito do Estado pela USP/2005. Mestre em Direito do Estado pela UFRGS/2000. Professora de Direito Constitucional nas Faculdades João Paulo II. Procuradora do Município de Porto Alegre desde 1996. Editora-Chefe da Revista da ESDM. Conselheira do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre – CMDUA (RS, Brasil). E-mail: oliveira.cristianecatarina@gmail.com.

### **Resumo**

A regularização Fundiária está baseada no direito fundamental à moradia digna previsto no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988. O presente estudo tem como objetivo apresentar os aspectos jurídicos e financeiros básicos da regularização fundiária, especialmente porque ambos precisam estar atendidos para que seja possível a aplicação da legislação e da Constituição. Conclui-se pela possibilidade de regularização fundiária em diversos casos que não envolvem apenas orçamento público. A metodologia da pesquisa utilizada é a revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Moradia digna. Regularização fundiária. Orçamento público. Regularização jurídica.

### **Abstract**

Land regularization is based on the fundamental right to decent housing contained in article 6 of the Brazilian Constitution of 1988. This study aims to present the basic legal and financial aspects of land regularization, especially because both need to be met for the application of legislation and the Constitution to be possible. It is concluded by the possibility of land regularization in several cases that do not involve only public budget. The research methodology used is the literature review.

**Keywords:** Decent housing. Land regularization. Public budget. Legal regularization.

### **Sumário**

1. Introdução; Regularização fundiária e direito à moradia digna no Brasil; 2. Regularização fundiária e direito à moradia digna no Brasil; 2.1 Noção de direito à moradia digna; 2.2 Regularização fundiária para realização da moradia digna; 3. Aspectos jurídicos e financeiros na regularização fundiária; 3.1 Aspectos jurídicos; 3.2 Aspectos financeiros; 4. Conclusões; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

No Município de Porto Alegre, no sul do Brasil, como em geral em outros municípios brasileiros, há regiões mais afastadas do centro da cidade em que a densidade da população é menor e as pessoas têm moradia que não são consideradas dignas. Em alguns casos, as áreas mais afastadas do centro têm densidade ainda maior, mas mesmo assim, não se considera existir moradia digna. Em geral as áreas mais afastadas tem precariedade de condições urbanas, mas mesmo com adequado abastecimento de água, rede elétrica e outros, muitas vezes não há como se caracterizar a moradia como digna por não se vislumbrar aos moradores a propriedade ou a posse regular das moradias, de acordo com a lei civil.

A Constituição brasileira estabelece que o direito à moradia é um direito social no artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” A Constituição também prevê o princípio da dignidade da pessoa humana. Diz-se então que, na Constituição brasileira, o direito à moradia significa moradia digna. A dignidade da moradia está, de um lado, na infraestrutura básica e nas condições urbanas, que dependem de aspectos financeiro-orçamentários estatais, mas também, de outro, na condição jurídica de regularidade da posse e da propriedade.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, em seu art. 30, I e VIII, atribui aos municípios a competência para garantir a moradia digna aos cidadãos que vivem naquele município. E os municípios devem atuar para oferecer dignidade às moradias dos municípios. A dignidade da infraestrutura e das condições urbanas mínimas requeridas nas leis locais depende essencialmente de verbas orçamentárias disponíveis para implantar melhorias de saneamento, pavimentação de vias, e outros. É essencial também a análise sobre quais as providências municipais para oferecer dignidade jurídica às moradias.

A regularização jurídica da posse e da propriedade pode ser organizada pelos órgãos municipais, sendo para tal necessários procedimentos relativos à aprovação de Projeto Arquitetônico-urbanístico e este, depois de aprovado, deve ser levado para Registro da propriedade de cada lote, para cada uma das famílias ocupantes. A regularização da posse pode ser conduzida para oferecer segurança da posse, com a devida contratualização da posse em áreas públicas, por exemplo.

A garantia, portanto, do direito social à moradia digna, não envolve apenas intervenção pública de natureza financeiro-orçamentária. O direito à moradia digna, para ser garantido, envolve processos jurídicos de natureza administrativa ou judicial, conduzidos com base em leis municipais ou nacionais para regularização da posse e da propriedade dos moradores. E, nesse campo da dignidade jurídica da moradia, há vários pontos relevantes sobre seu conteúdo para serem discutidos, a fim de dar eficácia ao direito social à moradia.

Por fim, importa referir que se considera aqui o princípio da moradia digna como corolário constitucional no Brasil, sem olvidar da ideia de direito à moradia adequada (*right to adequate housing*) fundada em documentos do direito internacional (UNHABITAT, 2021).

## 2.REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E DIREITO À MORADIA DIGNA NO BRASIL

### 2.1 NOÇÃO DE DIREITO À MORADIA DIGNA

O direito à moradia é um direito social, pois está previsto na Constituição brasileira desta forma. O direito à moradia é fundamental e “como se trata dos direitos fundamentais sociais, são essenciais para o exercício da democracia” (SILVA, 2014, p. 532).

O direito social à moradia previsto na Constituição brasileira no artigo 6º deve ser interpretado em conjunto com o conteúdo do art. 1º que trata da dignidade da pessoa humana como base do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, se há previsão do direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, então a moradia da pessoa humana deve conter o atributo da dignidade em uma interpretação sistemática do direito (FREITAS, 2010).

Assim, a moradia da pessoa deve ser digna, segundo a Constituição brasileira. A moradia não é considerada digna se não possui uma parcela mínima de regularidade arquitetônica e ambiental comparada com o que a sociedade pode oferecer para as moradias consideradas dignas. Esse padrão mínimo de formalidade inclui os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, esgotamento sanitário e pluvial, transporte, vias de acesso com pavimentação, habitações em lotes ambientalmente adequados, entre outros. A falta de acesso a estes padrões, considerada informalidade, é preocupação nas grandes capitais (MARGONI, 2011), especialmente no Brasil. Esse problema de dignidade da moradia atinge as pessoas de baixa renda, pela característica da estrutura histórico-social de acesso à moradia. No sentido histórico do urbanismo, Costa (2009, p. 45) refere a Carta do Urbanismo para compreender as cidades modernas.

### 2.2 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PARA REALIZAÇÃO DA MORADIA DIGNA

Diante da realidade do direito à moradia e ainda para dar eficácia a este direito social, há tempo as leis brasileiras fazem a previsão de “regularização fundiária” (Lei 10.257 de 2001, artigo 2º). Nos termos da Lei 11.977 de 2009, artigo 46, que apesar de revogada ainda é aplicável para as situações administrativas em curso, a regularização fundiária é um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais dirigidas a pessoas de baixa renda para tornar digna suas moradias. De forma semelhante, a Lei 13.465 de 2017 que atualmente dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana (PEDROSO, 2018), preceitua que a regularização fundiária urbana (REURB) abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Veja-se, todavia, que a dignidade da moradia no sentido da regularidade da posse e propriedade não é dirigida apenas às pessoas de baixa renda, mas a todos aqueles que, apesar de condições em padrão adequado de serviços urbanos, não possuem regularidade registral da sua propriedade. Assim foi a opção dessa Lei 13.465 de 2017 ao distinguir duas modalidades de REURB em seu art. 13:

I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de bai-

xa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo.

As modalidades têm sido diferenciadas pela doutrina (CORREIA, 2017), mantendo-se a ideia constitucional da dignidade da moradia.

Portanto, essas leis consideram dois sentidos da regularização fundiária, pois têm como base a ideia de que moradia digna é aquela que tem: i) a infraestrutura e condições urbanas mínimas segundo as leis locais e ii) a propriedade e a posse regular de acordo com a lei civil.

Desde a origem no pós-constituição, a Lei 10.257 de 2001, que é chamada de Estatuto das Cidades, permite aos Municípios, instituir as políticas urbanísticas e de regularização fundiária. Nesse sentido, Saule Jr. (2006, p. 221) refere a necessidade de analisar o direito à moradia como núcleo central do direito à cidade sustentável prevista no Estatuto da Cidade.

O significado e a importância da regularização fundiária, em todos os seus aspectos, tem sido discutida há tempos na doutrina brasileira. Nesse sentido ALFONSIN (2007, p. 35):

[...] em cujo processo, sob os aspectos jurídico, físico e social, objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

A política urbana, portanto, é entendida como um setor de atuação do estado que trata da ordenação do território das cidades, mediante alocação do espaço entre os diversos usos que o disputam (PINTO, 2014, p. 46). Nesse sentido, a política urbana é essencialmente da competência do Município.

Fica claro, então, que o objetivo da regularização fundiária é assegurar o direito social à moradia digna prevista na Constituição brasileira. Em sentido próximo, Mukai (2007, p. 66) afirma: “o direito à moradia não se resume a programas habitacionais, mas sim às condições de habitabilidade proporcionadas pelos centros urbanos”. Disso se vê ideia do amplo conteúdo do direito à moradia digna.

A regularização fundiária abrange duas situações distintas: tanto os casos de loteamento irregular como de ocupação clandestina. Em ambos os casos as pessoas estão morando sem a propriedade formal da área. Nesse sentido, Maluf (2012, p. 850) faz a distinção:

Existe, entretanto, uma diferença entre loteamento clandestino e irregular. O clandestino é aquele que não tem aprovação alguma, nem no registro de imóveis, nem na prefeitura, nem nada, o irregular, é aquele que a pessoa consegue aprovar na prefeitura, mas não leva o registro imobiliário esse é menos grave, pois já foi começado parte desse processo de loteamento.

Nesses casos a regularização fundiária tem dois significados principais. O primeiro é assegurar os serviços básicos para a dignidade da moradia, como fornecimento de água, energia elétrica, alguma forma de pavimentação e de esgotamento sanitário, bem como escoamento pluvial adequada à área, serviços estes que, segundo a Lei nº 6.766 de 1979, deveriam ter sido implantados pelo loteador da área (proprietário regular da área total). O segundo significado é a segurança individual da posse ou da propriedade da área que serve

como moradia. Essa segurança deve ser observada sob a perspectiva de todas as pessoas que lá vivem, ultrapassando o interesse apenas individual.

Nesse contexto, pode-se classificar duas situações: loteamentos irregulares e ocupações clandestinas (nos dois casos as pessoas moram em locais em que não têm propriedade e nem posse reconhecida juridicamente por instrumento legal próprio). Em ambos os casos os moradores, em geral, não tem atendido o direito à moradia digna em seus dois aspectos: serviços de infraestrutura urbanística e regularidade da posse e da propriedade.

## 3.ASPECTOS JURÍDICOS E FINANCEIROS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

### 3.1 ASPECTOS JURÍDICOS

Para os casos de regularização de *loteamentos irregulares*, as providências de segurança da posse e/ou propriedade passam por soluções coletivas. A solução pode ser por instrumentos urbanísticos de registro do loteamento com regimes de registro mais facilitados, com regulação administrativa da corregedoria do Tribunal de Justiça (chamado Regulamento More Legal), ou por instrumentos como a demarcação urbanística prevista pela Lei nº 11.977/09, apenas para os casos de regularização já iniciados antes da revogação dessa lei, ou ainda pelos instrumentos da REURB-S ou REURB-E da Lei 13.465 de 2017. Isso porque, com esses tipos de instrumentos, é possível regularizar a propriedade por meio de um único procedimento que resultará, ao final, na abertura de matrículas individualizadas (registros de propriedade) em nome de cada morador, de acordo com seu lote.

Nesse sentido é competência municipal a implementação de regularização jurídica nas áreas da cidade em que, mesmo que haja alguma infraestrutura básica (muitas vezes abastecimento de água e luz) ainda é preciso a regularização jurídica da posse e da propriedade.

O instrumento da concessão do título de legitimação de posse pelo município, que se converterá em propriedade sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, previsto na Lei nº 11.977 de 2009, artigo 60, foi utilizado e ainda está em tramitação em poucos casos. Veja-se a previsão legal:

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

De outro lado, já estão sendo aplicados de forma ampla, os instrumentos da REURB-S ou REURB-E da Lei 13.465 de 2017. Veja-se a previsão do seu art. 9º:

Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

§ 1º Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

§ 2º A Reurb promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016.

Importante ressaltar que para aplicação prática dos instrumentos da REURB-S e REURB-E e para a formulação dos procedimentos, tem sido de valia o debate realizado em conjunto com os registradores de imóveis (PAIVA, 2018).

Nos procedimentos de regularização fundiária, uma vez cadastradas as áreas onde haverá atuação municipal, se inicia pela elaboração de um Projeto de Regularização da área total com definição das partes de terra para cada um e das áreas de uso comum como, por exemplo, praças e escolas. Depois de feito o Projeto e aprovado no órgão administrativo municipal específico, ainda é preciso registrar as propriedades no Registro de Imóveis para que seja regularizada a propriedade de cada família. Os requerimentos administrativos podem ser de iniciativa municipal, dos interessados e de outros órgãos, conforme previsão na Lei 13.465 de 2017.

Um dos dados importantes sobre o andamento destes processos de regularização é a participação das pessoas, moradores do local, que devem ter contato constante com todas as fases do processo. Em muitos casos deve ser estimulada a criação de associações de moradores e cooperativas habitacionais para que haja mais participação em todo o processo.

Até aqui foram expostas as questões de regularização de loteamentos irregulares de forma coletiva. De outro lado, no caso de *ocupações clandestinas*, em que não houve previamente um loteador que iniciou um Projeto regular para aprovação municipal, em geral a ocupação de lotes é bem mais desorganizada, com vias (ruas) públicas consolidadas, com metragens muito distintas e às vezes de largura insuficiente e, assim, com maior dificuldade de registro de todo um loteamento. Por se tratarem de ocupações consolidadas no tempo, em geral já foram resolvidos problemas básicos de acesso a serviços mínimos, então colocados à disposição, nos limites da sua competência, pelo município. No caso de já se ter iniciado por algumas pessoas, por meio de seus advogados, processos individuais de obtenção de propriedade de cada lote por meio de ações de usucapiões individuais junto ao Poder Judiciário, o município acaba por dar continuidade a essa forma de regularização fundiária que depende do Poder Judiciário.

Alguns casos de regularização fundiária no Município de Porto Alegre são acompanhados pelo CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No caso, são processos possessórios em curso, que estão em fase de conciliação e que foram suspensos e remetidos a este órgão. O objetivo é que um processo litigioso envolvendo posse e propriedade possa originar tratativas de regularização da área com titulação aos ocupantes, com a final regularização da área. O papel do judiciário na condução de solução conciliada nos casos de regularização fundiária em que há conflito judicial tem crescido de importância em muitos municípios do Brasil.

De outro lado ainda, permanecem em tramitação muitos processos judiciais mais antigos, em que a solução jurídica para assegurar o direito à moradia digna incluía o ingresso com ações de usucapião individuais junto ao Poder Judiciário. No caso do Município de

Porto Alegre, tais ações eram interpostas pela Procuradoria do Município com base na Lei municipal de Porto Alegre nº 7.433 de 1994. Essa lei permite que a procuradoria atue com procurador como advogado gratuito, representando pessoas individuais em loteamentos originados clandestinamente, e hoje consolidados, quando uma política de registro do loteamento como um todo se torna demasiadamente complexa.

Portanto, o fundamento legal para a regularização fundiária por meio de representação de partes individuais em ação de usucapião está no art. 4º da Lei nº 7.433 de 1994, uma vez que se trata de cidadãos necessitados:

Art. 4º - À Assistência Jurídica Municipal compete:

I — atuar na defesa dos interesses dos cidadãos e entidades municipais necessitados, em questões relativas à regularização fundiária de terrenos urbanos, fornecendo orientação jurídica, promovendo ações, contestando, reconvidando e recorrendo.

Também ainda é forma de regularização fundiária individual ou coletiva quando a defensoria pública ingressa com ação judicial de usucapião em nome de seus assistidos.

Na questão dos requisitos para ingresso com essas ações de usucapião, como já se disse, em que pese se tratar de usucapiões individuais, todas as ações fazem parte da regularização fundiária pelo contexto da ocupação. O fundamento jurídico de todas essas ações é a usucapião prevista na Constituição de 1988, regulado da mesma forma pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e pelo Código Civil. Vejam-se os dispositivos:

Art. 183 da Constituição de 1988:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 9º Estatuto da Cidade

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Art. 1240 do Código Civil

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Como se percebe, todos os dispositivos apresentam requisitos semelhantes para o reconhecimento da usucapião como modo de aquisição da propriedade: a) área ou edificação urbana privada de até 250 m<sup>2</sup>; b) uso para moradia; c) prazo de 5 anos de posse sem oposição; d) o possuidor não pode ser proprietário de outro imóvel.

De outra parte, ainda que sem posição final do Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre a possibilidade de usucapião de área menor que 250 m<sup>2</sup> em edificação (apartamentos em edifício, por exemplo) parece ter perdido o sentido diante da previsão expressa no art. 9º do Estatuto da Cidade quando menciona “área ou edificação urbana”. Nesse sentido, já se entendia com Schäfer (2003) desde o início da vigência do Estatuto da Cidade, e também hoje, Mendes sustenta que não poderia haver uma “distinção hermenêutica que excepcionasse os imóveis edificadas da incidência do usucapião” (2014, p. 354).

Por fim, é possível ainda observar sobre os requisitos para adquirir a propriedade por meio de usucapião (SCHÄFER, 2003), que não se exige a prova de justo título e boa fé, basta a moradia, e ainda a prova de não ser proprietário de outro imóvel urbano se faz pela certidão negativa dos Registros de Imóveis do município onde se localiza o imóvel objeto do pedido de usucapião.

Portanto, atualmente, para a condução da regularização fundiária por meio da ação de usucapião individual junto ao Poder Judiciário, é possível ingressar com a ação judicial de usucapião, representando o morador que pretende ter assegurada a segurança da propriedade. A petição inicial deve ser instruída com descrição dos fatos da posse para moradia, os fundamentos jurídicos do pedido (constitucional, estatuto da cidade e código civil, como retro) e a prova do seu direito, juntando planta do imóvel a ser usucapido, com memorial descritivo, ambos firmados por técnico (engenheiro, por exemplo), com Anotação de Responsabilidade Técnica. É necessária a citação do proprietário oficial (isto é constante do Registro) da área total onde se insere o imóvel objeto da posse e a citação dos confrontantes, além de expedição de edital para os réus em lugar incerto e os eventuais interessados. Serão intimados os representantes das Fazendas Federal, Estadual e Municipal para dizer do interesse, tendo em vista que não é possível a usucapião de área pública. O representante do Ministério Público intervém no processo, obrigatoriamente.

Todavia, foi aprovada, em 16 de março de 2015, a Lei nº 13.105, o novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar desde 18 de março de 2016. E o processo de usucapião sofreu várias alterações segundo essa nova lei, sem alterar a estrutura inicial das ações.

Mas a grande alteração foi a criação de um processo de usucapião que não é feito junto ao Poder Judiciário, mas diretamente junto ao serviço de Registro de Imóveis. É um processo de natureza administrativa, em que o novo Código de Processo Civil, no art. 1.071 trouxe alterações significativas na Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, criando esta figura do usucapião extrajudicial (ou administrativo). O art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do art. 216-A em que se arrola o procedimento.

De início, pode parecer um avanço no sentido de um movimento para evitar a demora dos processos junto ao Poder Judiciário, para dar celeridade na sua resolução. Em olhar

mais detalhado, entretanto, percebe-se o contrário.

Esse pedido de usucapião extrajudicial previsto a partir da alteração da Lei de Registros Públicos pelo novo Código Civil constitui uma nova regulamentação, ainda não antes prevista na ordem jurídica. Mas os efeitos dessa alteração podem não trazer celeridade ou maior grau de efetivação ao direito fundamental à moradia em razão de sua regulação com mais requisitos, que o atual regime. Fica mais complexa exatamente a fase de citações e intimações, que é a mais demorada. Ademais, ainda exige presença de advogado, mesmo sendo em âmbito não judicial, o que não simplifica os procedimentos para os moradores de baixa renda. Por várias destas razões parece que tal forma de usucapião individual não tem papel relevância na regularização fundiária.

Explica-se que atualmente há certo consenso no sentido de que a regularização jurídica por instrumentos individuais como usucapião deve ser utilizada de forma excepcional, pois a ideia é substituir a solução individual por soluções coletivas.

### 3.2 ASPECTOS FINANCEIROS

Cidades como Porto Alegre, no sul do Brasil, de porte médio, mas também cidades maiores e menores, um problema antigo da urbanização segundo SILVA (2010, p.381), têm dificuldade de afirmar que seus moradores tem acesso à infraestrutura e condições urbanas mínimas, incluindo os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, esgotamento sanitário e pluvial, transporte, vias de acesso com pavimentação e habitações em lotes ambientalmente adequados. E se não forem identificados tais serviços mínimos, não é possível caracterizar as moradias como dignas.

Como já se afirmou, segundo a legislação, é dever do loteador fornecer a infraestrutura mínima necessária inicial ao implantar o parcelamento do solo, mas não é o que ocorre em muitos casos. Diante da falta de serviços, o poder público é instado a fornecer a infraestrutura e condições mínimas de moradia, serviços estes que, como se disse, segundo a Lei nº 6.766 de 1979, deveriam ter sido implantados pelo loteador da área (proprietário regular da área total).

O que ocorre em geral é a reivindicação da comunidade pelos serviços de infraestrutura relacionados à moradia digna, já que o loteador, em regra, pelas mesmas razões pelas quais não concluiu o processo do registro do loteamento, também não implementou os serviços a que estava obrigado. Veja-se, inclusive, que o loteador que não implementou os serviços básicos de fornecimento de água, energia elétrica, alguma forma de pavimentação e de esgotamento sanitário, bem como escoamento pluvial adequada à área, como se disse, está incorrendo em crime previsto pela Lei nº 6.766/79 no seu artigo 50:

Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

A infraestrutura urbanística (assim como também de posse e propriedade, cujas soluções jurídicas já se descreveu), portanto, é responsabilidade do loteador (que se não o fiz poderá ser processado em juízo) ou em caso de não implantação efetiva pelo loteador, o

Município deverá fazê-lo. As providências do Município serão ações judiciais ou, em caso de a solução não for realizada no Poder Judiciário, dependerá de verba pública disponível para as melhorias.

Nesse sentido a doutrina no Brasil (ALFONSIN e FERNANDES, 2006) refere que também se regulariza fazendo obras de infraestrutura que não foram feitas por aqueles que parcelaram o solo. Um dos elementos essenciais, portanto do direito à moradia digna.

A questão da disponibilidade orçamentária é relevante, pois exige planejamento e organização de prioridades, e, deve-se lidar com a realidade da finitude de recursos diante das demandas sempre crescentes pelo acesso às condições urbanas.

Para a implantação dos serviços, é relevante a participação da comunidade, em uma parceria com o poder público para implantação dos serviços de infraestrutura mínima necessária para caracterizar a dignidade da moradia. É possível instrumentalizar essa parceria a partir de aproximação da comunidade de forma direta, por líderes comunitários, instrumentos como orçamento participativo e ainda pela organização de associações de moradores e cooperativas habitacionais.

O papel dos Conselhos Municipais também desempenha fundamental aporte para a organização dos debates sobre as prioridades de urbanização na cidade. Conselhos como de Habitação e de Desenvolvimento Urbano Ambiental, com participação por regiões da cidade, auxiliam nas decisões do orçamento público destinado à infraestrutura.

Por fim, é certo que as dificuldades financeiro-orçamentárias não são de todo intransponíveis e nesse sentido cabe referir a ideia de JACOBS (2011, p. 295): “As cidades vivas têm uma estupenda capacidade natural de compreender, comunicar, planejar e inventar o que for necessário para enfrentar as dificuldades.” Entende-se que não é tarefa fácil à cidade realizar o direito da moradia digna, mas de qualquer forma é possível.

#### **4. CONCLUSÕES**

Ao final, resta claro que o direito social à moradia, no Brasil, deve ser entendido como direito à moradia digna e que tal se relaciona a dois aspectos: a) a existência de infraestrutura urbanística, incluindo os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, esgotamento sanitário e pluvial, transporte, vias de acesso com pavimentação e habitações em lotes ambientalmente adequados e b) a regularidade jurídica da posse e da propriedade, segundo as leis civis.

A regularização fundiária é a forma de enfrentamento para realização do direito à moradia digna e em geral se utilizam dois tipos de instrumentos para regularização fundiária da posse e da propriedade: i) ações judiciais de usucapião individual junto ao Poder Judiciário, como forma de regularização fundiária para obtenção do direito à propriedade da moradia e ii) procedimentos administrativos, de acordo com a legislação de regularização fundiária, baseada em projetos urbanísticos de toda a área utilizada pelos moradores, de modo a aprovar e registrar as propriedades individuais. Esse direito significaria o aspecto de segurança do direito fundamental à moradia.

De outro lado, há desafios financeiros e orçamentários para serem enfrentados, diante da necessidade de implementação de infraestrutura urbanística mínima. Esses desafios devem ser enfrentados com a participação ativa da própria comunidade envolvida junto ao poder público.

A realização do direito à moradia por meio da regularização fundiária demanda o exercício das competências municipais em parceria com os moradores, por meio de ações administrativas com participação e transparência, para dar conteúdo e efetividade ao direito social à moradia digna.

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. O significado do estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. *In: ROLNIK, Raquel et al. Regularização fundiária sustentável* - conceitos e diretrizes, Brasília, Ministério das Cidades, 2007.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Lei de Registros Públicos. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm). Acesso em 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nos 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876,

de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar no 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei no 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6766.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

CORREIA, Jonas Ricardo. **Usucapião - Regularização Fundiária Rural e Urbana**. 3. ed. Leme: Ed. Contemplar, 2017.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. **Direito Urbanístico Comparado**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Regina F. C. F. e BIASOTTO, Rosane C. **Políticas Públicas e Direito à Cidade: Política Habitacional e o Direito à Moradia Digna**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2012. Disponível em: [https://observatoriodasmetropoles.net.br/arquivos/biblioteca/abook\\_file/caderno\\_direitomorada.pdf](https://observatoriodasmetropoles.net.br/arquivos/biblioteca/abook_file/caderno_direitomorada.pdf). Acesso em: 09 jul. 2021.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JACOBS, Jane. **Morte e Vida de Grandes Cidades**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOJKINE, Jean. **O Estado Capitalista e a Questão urbana**. São Paulo, Martin Fontes, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 106, n. 106-107, p. 839-855, 2012.

MARIGONI, Gilberto. Nossas cidades estão ficando inviáveis. Entrevista com Erminia Maricato [27 jul. 2011]. **Desafios do Desenvolvimento IPEA**, São Paulo, ano 8, ed. 66, 2011. Disponível em: [http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2508:catid=28&Itemid=23](http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2508:catid=28&Itemid=23). Acesso em: 01 jul. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUKAI, Toshio. **Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização Fundiária**. Disponível em: [http://registrodeimoveis1zona.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Regularizacao\\_Fundiaria\\_TOTAL.pdf](http://registrodeimoveis1zona.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Regularizacao_Fundiaria_TOTAL.pdf). Acesso em: 25 set.2018.

PEDROSO, Alberto Gentil De Almeida. **Regularização Fundiária - Lei 13.465/2017**. São Paulo: RT, 2018.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**. 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

PORTO ALEGRE. **Lei Municipal nº 7.433, de 06 de junho de 1994**. Cria a Assistência Jurídica Municipal junto a Procuradoria-Geral do Município, cria cargos e dá outras providencias. Disponível em: <http://>

[www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=2&p\\_secao=71](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=2&p_secao=71). Acesso em: 01 jul. 2021.

SAULE Jr., Nelson. Instrumentos de Monitoramento do Direito Humano à moradia adequada. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHÄFER, Gilberto. Aspectos da usucapião especial urbana na constituição e no estatuto da cidade. **Revista da Ajuris**, v. 89, p. 71, mar. 2003.

SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

UNHABITAT. *The right to adequate housing*. Fact Sheet nº 21/Rev.1. Disponível em: [https://unhabitat.org/sites/default/files/documents/2019-05/fact\\_sheet\\_21\\_adequate\\_housing\\_final\\_2010.pdf](https://unhabitat.org/sites/default/files/documents/2019-05/fact_sheet_21_adequate_housing_final_2010.pdf). Acesso em: 09 jul 2021.

Recebido em: 16/08/2021

Aceito em: 17/08/2021

## QU'EST-CE QUI AMENE UN EMPEREUR ROMAIN, UN DES DIPLOMATES LES PLUS DOUES DU MONDE, UNE REINE DESTITUEE ET UN EMPEREUR MEDIEVAL A BERNEX?

*O que traz um imperador romano, um dos diplomatas mais talentosos do mundo, uma rainha deposta e um imperador medieval a Bernex?*

### Alexandre Zielinsky Arregui

Visiting fellow at The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (Genebra, Suíça). Advogado. Email: alexandre@alexandrearregui.com

### Márcia Rosa de Lima

Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Procuradora Municipal de Porto Alegre (RS, Brasil).

*Le passé détruit ne revient plus jamais. La destruction du passé est peut-être le plus grand crime. Aujourd'hui la conservation du peu qui en reste devrait être une idée fixe.<sup>1</sup>*

### Résumé

Intérêt pour le patrimoine culturel et archéologique versus développement économique et corporatif. Lequel subsiste?

Le présent travail a été diffusé dans le village de Bernex dans le canton de Genève, en Suisse, ainsi qu'au sein de la communauté archéologique locale et du Vatican. L'objectif était de sensibiliser à la préservation d'un site archéologique important (Romain, Bas et Haut Moyen Âge) face au projet d'expansion démographique de la ville de Genève, et la destruction conséquente de cette zone au détriment de la prospection immobilière, et la construction de cinq tours d'appartements résidentiels et commerciaux sur le site.

La riche histoire et les innombrables vestiges de la zone détruite, qui comprennent des cimetières avec des centaines de restes humains, soulèvent de nombreuses questions, et nous font réfléchir sur la fragilité de la tension entre l'intérêt politique et économique du développement et l'effacement (ou la pulvérisation progressive) est de la mémoire culturelle liée à l'espace qui n'existe plus.

La piste pointée vers une éventuelle atténuation des conséquences de la destruction du site archéologique est l'intégration du matériel archéologique retrouvé sur le site, dans les bâtiments, voire dans les cheminements publics (places) qui intégreront le plan d'urbanisme de la zone.

**Mots clés:** Patrimoine culturel et archéologique. Village de Bernex.

## Resumo

O interesse pela herança cultural e arqueológica versus o desenvolvimento econômico e corporativo. Qual subsiste?

O presente trabalho foi circulado junto à diversos atores do vilarejo de Bernex no cantão de Genebra na Suíça, bem como indivíduos da comunidade arqueológica local, e do Vaticano. O intuito fora de trazer a conscientização da preservação de um importante sítio arqueológico (romano, baixa e alta idade média) frente ao projeto de expansão demográfico da cidade de Genebra, e a consequente destruição dessa área em detrimento da exploração imobiliária, e a construção de cinco torres de apartamentos residenciais e comerciais no local.

A rica história e os inúmeros vestígios da área destruída, que incluem cemitérios com centenas de restos mortais humanos, suscita muitos questionamentos, e nos fazem refletir sobre o quão frágil é a tensão entre o interesse político e econômico do desenvolvimento, e o apagamento (ou pulverização gradual) da memória cultural atrelada à área que deixa de existir.

O caminho apontado para uma possível atenuação das consequências da destruição do sítio, seria a integração do material arqueológico encontrado no local, nos edifícios, ou até mesmo em passeios públicos (praças) que vão integrar o projeto urbanístico da área.

**Palavras-Chave:** Herança cultural e arqueológica. Vilarejo de Bernex.

## Sommaire

1. Les découvertes archéologiques et les projets pour la région; 2. Chronologie des événements historiques de la région (Genève et environs); 3. Importance de la préservation des sites archéologiques; 4. Préserver le passé en regardant vers l'avenir; 5. Aller de l'avant (quelques questions à examiner et propositions); 6. Notes; Références; Annexe 1 - Documentation, reproduction et imageries d'archives

Que faut-il pour que le passé soit enterré à jamais et qu'il soit effacé de la mémoire de notre histoire en tant que communauté ? Que signifie priver les prochaines générations de leur héritage culturel, ce qui s'avère d'autant plus troublant dans un contexte où les connaissances sont acquises de manière superficielle et instantanée sur Internet ? Quels sont les coûts immédiats et à long terme de la superposition des intérêts corporatifs sur une partie riche et importante de notre histoire, de notre culture et de notre patrimoine communs? La récente re-découverte de vestiges archéologiques détruits sur un chantier de construction du chemin de Saint Mathieu à Bernex (images 1 et 2) confère une réelle urgence à ces questions souvent purement philosophiques.

Le patrimoine de Bernex est confronté à une menace imminente: nous risquons de perdre à jamais les traces, les données et les éléments importants qui relient plus de 2000 ans d'histoire, enfouis dans ce qui fut un centre de convergence majeur, servant de routes de liaison entre les régions du sud de l'Europe et les Alpes<sup>2</sup> et, un millier d'années plus tard, comme lieu religieux et politique éminent où des acteurs cruciaux ont laissé leur marque et influencé dans certains cas l'histoire du monde occidental telle que nous la connaissons.

## 1. LES DECOUVERTES ARCHEOLOGIQUES ET LES PROJETS POUR LA REGION

Nous avons personnellement observé la fouille du site archéologique de la parcelle de terrain appelée «chemin de Saint Mathieu» (images 3-5), qui a débuté en 2018 lors du lancement de la construction du nouveau quartier qui s'appellera également «quartier de Saint Mathieu». Dans le cadre des plans cantonaux d'extension de l'espace résidentiel à Genève, un nouvel ensemble de tours d'immeubles mixtes va être construit: il sera implanté directement au-dessus de ce site archéologique.

Naturellement, l'accès au site de fouilles a été limité, sauf lors d'une des rares occasions de pouvoir faire une visite un samedi matin froid de mars 2019, quand le site a été

ouvert, de manière restrictive, aux habitants de Bernex et de la région. Lors de cette visite guidée, l'archéologue en chef nous a expliqué que les travaux sur le site ne se poursuivraient que jusqu'en septembre 2019, date à laquelle le site serait recouvert de terre et de gravier. Au moment de la rédaction du présent rapport, c'est précisément ce qui s'est passé.

L'étendue du site de Bernex est significative puisqu'elle comprend non seulement le site médiéval où les fouilles ont eu lieu, mais aussi des cimetières et une voie romaine. C'est signe que le site aurait beaucoup plus à offrir, à condition d'avoir le temps et les ressources pour mener à bien des études et des fouilles supplémentaires.

## 2. CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS HISTORIQUES DE LA RÉGION (GENÈVE ET ENVIRONS)

Bernex n'a pas toujours été le village rural tranquille et isolé que nous connaissons aujourd'hui. Le nom «Bernex» tire son origine de l'Antiquité. Le village qui s'appelait autrefois *Brenaz* ou *Brenay* comme le montre la carte de Hondt de 1630 (images 6 et 7), a fort probablement hérité du nom du domaine de *Brennos* (Brenaccum).<sup>3</sup>

Outre ses origines gauloises et allobroges, pendant l'occupation romaine, Bernex se trouvait au carrefour d'importantes manœuvres militaires de l'empereur Jules César lorsque, avant de partir pour sa campagne de conquête de la Gaule,<sup>4</sup> il s'installa brièvement<sup>5</sup> dans la région afin de dissuader les Helvètes d'occuper le territoire des Allobroges, qui était sous domination romaine (image 13).

Ce n'est pas seulement à l'époque romaine que Bernex a joué un rôle important dans l'histoire du canton de Genève. Au début du Moyen Âge, les routes (image 8) qui reliaient Genève à Lyon (entre autres à partir d'autres centres importants) passaient par Bernex. Par-dessus tout, Bernex, avec Vuillonex, était le centre d'un des diocèses de Genève, un atout que Jean de Savoie offrit au XVI<sup>ème</sup> siècle à une figure importante de l'histoire occidentale, Eustache Chapuys (image 9), l'humaniste qui était alors le deuxième dirigeant au pouvoir à Genève, et qui fut plus tard l'ambassadeur de l'empereur Charles Quint à la cour d'Henri VIII. Durant les années qui allaient changer sensiblement le cours de l'histoire occidentale,<sup>6</sup> l'agonie du règne de Catherine d'Aragon et le mariage consécutif d'Henri VIII avec Anne Boleyn a eu comme l'un de ses principaux acteurs, le Maître de la cathédrale de Saint-Mathieu de Vuillonex. Ainsi encore une fois, Vuillonex fut au centre d'importants événements historiques puisque Eustache Chapuys joua le rôle d'avocat de la défense de la reine Catherine lors de son divorce avec le Roi.

Eustache Chapuys n'était pas une personne ordinaire; ce n'est pas par hasard qu'il est devenu le mandataire de Genève et l'adjoint de Jean de Savoie. Outre sa virtuosité académique en droit ainsi que sa maîtrise du latin et d'autres langues, il était l'ami de plusieurs humanistes de son époque, comme Claude Blancherose et Claude Dieudonné, l'Allemand Henrich Cornelius Agrippa, et l'Anglais Thomas More. Il correspondait avec Erasme de Rotterdam avec qui il partageait un profond respect et une grande admiration réciproque, bien qu'ils ne se soient jamais rencontrés.<sup>7</sup> La relation directe d'un personnage historique d'une telle importance avec le site archéologique et l'histoire de la commune de Bernex corroborent la nécessité d'informer la communauté et de compléter éventuellement le savoir sur la forma-

tion de la commune, ainsi que son histoire, même si – et parce que – cette histoire remonte à beaucoup plus loin dans le temps.

Les travaux scientifiques de l'éminent archéologue Daniel Paunier,<sup>8</sup> responsable des fouilles archéologiques d'une importante colonie gallo-romaine au cœur de Bernex à la fin des années 1960 (images 10-12), font écho à la situation que nous connaissons aujourd'hui. Ce que l'on peut déduire de ses écrits publiés<sup>9</sup> dans l'Annuaire de la Société Suisse de préhistoire et d'archéologie, c'est son sentiment de frustration lié à l'urgence et à la contrainte de temps pour effectuer son travail: «Dès le début du 1<sup>er</sup> siècle, des constructions s'édifient dans les secteurs A et B selon un plan qu'il n'a pas été possible de déterminer avec précision en raison des éléments architecturaux postérieurs qui le recouvrent et **de l'urgence des fouilles**».<sup>10</sup> (C'est nous qui soulignons).

Dans le même article, on peut lire plus loin: «[...] seules des fouilles ultérieures permettront de vérifier ces hypothèses provisoires; **souhaitons qu'elles puissent s'entreprendre avant toute destruction irrémédiable!**»<sup>11</sup> (C'est nous qui soulignons). Cela ne s'arrête pas là, comme nous pouvons le constater au début du document:

**Des fouilles ultérieures seront encore nécessaires pour sauver les substructions que recèlent sans doute les parcelles situées au sud-ouest des bâtiments dégagés jusqu'à ce jour et où vont s'édifier prochainement de nouveaux immeubles. C'est dire que nos travaux, loin d'être achevés, ne constituent qu'une première approche et que le rapport préliminaire que nous présentons ici est d'avantage destiné à satisfaire la curiosité du public qu'à fournir l'interprétation définitive d'un site dont l'importance et l'intérêt s'accroissent avec chaque campagne.** (C'est nous qui soulignons).<sup>12</sup>

Pour contextualiser la fouille susmentionnée, notons qu'elle a commencé à l'automne 1968 à Bernex (dans la zone du chemin de Saule et sur le côté droit du cimetière actuel) lorsque les parcelles de terrain, où se trouvait le site archéologique, ont été vendues à un groupe financier dans la perspective de construire des appartements résidentiels à des fins de location.<sup>13</sup>

Cinquante et un ans plus tard, nous sommes confrontés à une situation similaire.<sup>14</sup> Nous faisons des découvertes archéologiques dans la région où, il n'y a pas si longtemps (dans les années 1980), on a fouillé une église puis réalisé d'importantes études, qui peuvent être consultées au Musée d'art et d'histoire, dans une exposition sur l'histoire de Genève à partir de la période néolithique. Les marques des fondations de la cathédrale en bois sont encore visibles d'en haut, au même endroit (images 14-15). En plus des bâtiments (il y en avait 3 ou plus selon l'époque et les indices trouvés), des squelettes ont également été découverts dans ce qui pourrait être un autre cimetière.<sup>15</sup>

### **3. IMPORTANCE DE LA PRESERVATION DES SITES ARCHEOLOGIQUES**

Il n'est pas dans notre intention de spéculer sur des faits historiques ou d'en établir, d'abord parce que l'auteur n'est ni archéologue ni historien licencié,<sup>16</sup> bien qu'il soit passionné par ces disciplines. Néanmoins, venant des sciences juridiques, nous entendons ajouter quelques pistes de réflexion et, à tout le moins, transmettre une série de documents de référence illustratifs pour le grand public et les générations futures. Nous avons fondé notre

analyse sur des informations factuelles trouvées dans la littérature spécialisée à partir de découvertes archéologiques récentes, sur des recherches rigoureuses et sur des documents sources originaux datant de plusieurs siècles, dont certains ont un rapport direct avec le site et ce qui s'y trouvait autrefois.

D'un autre point de vue, nous ne souhaitons pas ralentir l'évolution de l'urbanisation du quartier ni sa promotion, dont l'objectif social légitime est d'offrir un logement à la population croissante de Genève. Selon nous, il n'y a pas de solution parfaite à cette situation, mais le grand public doit être informé de manière transparente sur l'importance du site, de son histoire et surtout de son passé inconnu.

Un certain nombre d'informations ont été, à notre connaissance, timidement offertes à la communauté locale. Cependant, des visites supplémentaires sur le site archéologique et l'exposition des découvertes pourraient être une façon passionnante d'informer la communauté en général, et toutes les écoles en particulier.<sup>17</sup> Pour les élèves, le fait de disposer d'une voie romaine vieille de deux mille ans (images 16- ...), à seulement dix minutes de marche de la salle de classe, constituerait sûrement une expérience éducative vivante et unique. Le site aurait peut-être également le potentiel d'offrir du tourisme de haut niveau à la communauté de Bernex.

En ce qui concerne les restes humains trouvés dans la sépulture sacrée : quel sera leur destin? Comment seront-ils répartis? Re-enterrés? Exposés dans un musée? Seront-ils étudiés à des fins généalogiques? Des recherches paléontologiques sur leur mode de vie, sur les causes de leur mort? Était-ce vraiment une terre sacrée? Après tout, il s'agissait d'ancêtres bernésiens, et cela fait partie du patrimoine du village. (Images XX-XX)

#### **4. PRESERVER LE PASSE EN REGARDANT VERS L'AVENIR**

Y aura-t-il un monument pour marquer l'importance historique du site et le fait qu'il a été autrefois un lieu de dernier repos pour les anciens habitants de Bernex? L'existence du site ne devrait-elle pas être préservée pour que les générations futures soient conscientes et fières de l'origine du lieu où elles sont nées et ont vécu? Sans parler de l'amalgame des cultures qui a jadis formé notre identité et la culture de l'Europe occidentale dans son ensemble.

Les propriétaires et locataires des futures résidences ont-ils le droit de savoir qu'ils vivront sur ce qui était autrefois un lieu de sépulture sacré? Les croyances religieuses des futurs et anciens habitants ont-elles été prises en considération?

Les éléments qui ont été trouvés à l'église Saint-Mathieu de Vuillonex font partie de notre patrimoine culturel commun, et devraient être préservés en tant que partie du patrimoine historique de Bernex. Expédier l'étude archéologique du site et lui imposer un délai afin de faire avancer un projet de construction massif soulève d'importantes questions éthiques.

Ces objets culturels, bien que la définition de ce concept puisse être large et même hétérogène au sein des différents systèmes juridiques, nous font corroborer les idées de Christa Roodt sur le sujet :

Compte tenu des difficultés et des différentes techniques adoptées, on comprend qu'une définition objective des biens culturels soit difficile à donner *in abstracto*

(note au Secrétariat d'UNIDROIT, Rapport explicatif à la Convention d'Unidroit de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (2001) e Revue de droit uniforme 476, 496.) Dans un sens très général, l'expression "biens culturels" peut donc être comprise comme désignant les vestiges physiques du passé, des objets fabriqués par l'homme qui présentent un intérêt archéologique, historique, préhistorique, artistique, scientifique, littéraire ou technique.<sup>18</sup>

Ces objets, indépendamment de leur nature, ont un statut particulier qui nous relie à notre besoin humain de racines. Puis, de ces racines découle la notion d'identité et d'appartenance à un lieu, ce qui nourrit pour les générations à venir un sentiment d'identification et de vie de groupe.<sup>19</sup>

Néanmoins, la question ne réside pas seulement dans le sauvetage des objets eux-mêmes, mais du site dans son ensemble, où différents indices, à des époques distinctes de notre histoire occidentale récente, ont été préservés à travers les siècles.

Qu'auraient-ils trouvé d'autre si les archéologues avaient eu plus de temps pour leurs recherches ? Étant donné qu'il y a eu d'autres interventions archéologiques tout au long du siècle dernier, nous sommes dans un cercle vicieux. Le manque de données archéologiques supplémentaires, et donc l'absence de recherches sur une époque de notre passé autrefois oubliée, est précisément dû au fait que les interventions archéologiques précédentes ont également été abandonnées.

Toutes ces questions resteront ouvertes et seront oubliées avec le temps. Selon le scénario optimiste, elles seront stockées à la bibliothèque ou cachées dans les archives, éventuellement avec une exposition publique partielle ou temporaire. Les risques de vulgarisation et de perte de mémoire de notre passé pourraient conduire à des chemins nébuleux, comme a une analogie exagérée, schéma typique lorsque des civilisations entières ont simplement disparu à jamais. Loin de nous l'idée d'adopter à tout prix un ton dramatique, mais dans l'ensemble, le manque de cohérence entre d'une part le progrès et l'intérêt économique et, d'autre part, notre patrimoine culturel, peut nous coûter très cher à l'avenir.

Ce n'est pas pour rien qu'il existe un vaste et solide système normatif pour protéger le patrimoine culturel, tant au niveau local qu'international, puisque ces questions touchent l'humanité dans son ensemble, indépendamment de la nation, de la croyance ou de l'instance sociale. Aujourd'hui, les découvertes et les sites archéologiques doivent être préservés car ils font partie de notre histoire commune et, à juste titre, l'UNESCO est l'un de ces organismes qui veillent sur notre passé.<sup>20</sup>

## **5. ALLER DE L'AVANT (QUELQUES QUESTIONS A EXAMINER ET PROPOSITIONS)**

Les vestiges archéologiques – les traces matérielles du passé – sont considérés comme des ressources finies et non renouvelables qui sont constamment menacées.<sup>21</sup> Il ne s'agit pas seulement d'objets et de restes humains, mais de la compréhension des découvertes matérielles de différentes structures architecturales et techniques et de la manière dont elles s'intègrent à la formation du paysage socio-économique actuel.

Comme je l'ai déjà mentionné, je comprends que le développement urbain doit évoluer en lien avec l'intérêt de la population. Par conséquent, au lieu de la destruction du site ar-

chéologique et de sa disparition complète, d'autres solutions pourraient être envisagées pour prendre en compte la mémoire de Bernex et son intérêt pour la population locale.

Il existe de nombreux exemples d'intégration des découvertes archéologiques dans la construction et l'aménagement des bâtiments dans le monde entier. Genève elle-même en a quelques exemples, comme le Parking St Antoine où les remparts de la ville médiévale de Genève ont été préservés et ouverts au public. On trouve aussi la Tour sur la place du Molard, le site archéologique souterrain de la cathédrale Saint-Pierre, ou encore les fondations de la villa gallo-romaine au parc de la Grange.

Une étude intéressante sur l'intégration des découvertes archéologiques au sein d'un projet de développement immobilier à intérêt économique plaide en faveur de l'insertion des découvertes archéologiques dans le contexte de la communauté locale:

Les aspects immatériels des vestiges archéologiques sont reconnus comme étant tout aussi importants, sinon plus, pour l'association d'une communauté à un site que les aspects matériels (Poulios 2010 : 180). Parce que l'archéologie est une discipline relative à un contexte particulier, les sites et les objets auront des significations différentes "à des époques différentes, en des lieux différents et pour des personnes différentes. (Odegaard & Cassman, 2014, p. 702).<sup>22</sup>

Je voudrais attirer l'attention des autorités locales sur la nécessité de préserver l'histoire et les découvertes des sites archéologiques *in loco*, malgré le développement du projet d'urbanisation. Bjerketvedt apporte un éclairage sur ce sujet:

Lors de grands projets de développement en milieu urbain, une grande quantité de matériel archéologique peut faire surface et susciter la curiosité du public. En intégrant le matériel archéologique urbain dans la vie quotidienne, nous rendons le passé accessible et visible tout en permettant aux habitants de s'intéresser à ces traces. La présentation de ce matériel peut favoriser un sentiment de "possessivité collective" et promouvoir l'identité locale.<sup>23</sup>

Nous espérons que ce document intéressera et sensibilisera le grand public à l'importance du site archéologique de Saint-Mathieu de Vuillonex, de la commune de Bernex,<sup>24</sup> de ses habitants et, finalement, du canton de Genève, de la Suisse et de la France voisine.

La connaissance territoriale permet l'intégration du projet dans la structuration diachronique du site. Elle se fonde davantage sur les éléments pérennes des sociétés antérieures dans le projet d'avenir. Ces propositions nécessitent l'intégration de l'archéologie préventive dans la chaîne de l'aménagement du territoire : lors de la mise en place des projets stratégiques par la détermination des enjeux de mutations sur le temps long et durant les projets opérationnels par l'incorporation des résultats de l'archéologie préventive comme partie du projet d'urbanisme, le projet d'aménagement évoluant en fonction des découvertes archéologiques. Ainsi le patrimoine dans sa dimension archéologique est non seulement un moteur du développement, mais aussi et surtout un fondement essentiel pour un développement urbain durable.<sup>25</sup>

## 6. NOTES

1. WEIL, Simone, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris, 1952, p. 52.

2. En raison des activités commerciales de la ville, il existe de nombreuses informations disponibles sur le carrefour qui reliait Genève aux autres centres de la région. Pour illustration, notamment en ce qui concerne Bernex, veuillez vous référer aux annexes (Disponible sur: <https://edu.ge.ch/ep/sites/default/files/atoms/files/histoire-geneve-chap-2-allobroges-romains.pdf>, consulté le 1<sup>er</sup> novembre 2019), et à la

bibliographie citée tout au long de ce texte pour plus d'informations.

3. PAUNIER, Daniel. «L'établissement gallo-romain de Bernex» dans *Annuaire de la Société Suisse de préhistoire et d'archéologie* (ASSPA) 56, 1971, p. 140.

4. L'une des réalisations les plus étonnantes est la construction colossale du mur-digue s'étirant de l'île de Genève jusqu'au Vuache, qui servait de ligne de défense contre les attaques d'autres tribus, comme les Helvètes, d'une étendue d'environ 39 km, reliant le lac au Jura. Outre le mur-digue le long du fleuve, il existait un certain nombre de forteresses ou *castellum* plus petits, servant de postes pour accueillir les garnisons et les sentinelles. Cependant, le fleuve présentait à cette époque une topologie différente de ce que l'on connaît, ainsi, les parties les plus accidentées ont été déviées vers le haut, près de la rivière, comme dans le cas de Bernex.

5. BLONDEL, Louis. «Le retranchement de César sur le Rhône» dans *Genava, revue d'histoire de l'art et d'archéologie*, n. 23, 1945.

6. Catherine d'Aragon, tante du saint empereur romain Charles Quint, ne pouvait pas donner naissance à un héritier mâle à Henri VIII. D'autre part, c'est le fait d'avoir été veuve de son frère et que son mariage ait été rejeté par l'Église qui lui a permis d'épouser Henri. Le monarque, insatisfait de son mariage avec la Reine, se tourna vers une des dames d'honneur de la Reine, Anne Boleyn, avec laquelle il se maria, faisant ainsi d'Anne la nouvelle reine d'Angleterre. Comme l'exclusion de la reine Catherine ne plut pas au pape et au saint empereur romain, l'Église ne soutint ni le divorce ni le nouveau mariage du Roi avec Anne. Ce désaccord provoqua la rupture entre le Royaume d'Angleterre et l'Église catholique, Henri s'étant proclamé chef de l'Église anglicane nouvellement créée. Ces événements ont eu pour conséquence des années de persécutions et de guerres de religion. Ce divorce a eu des répercussions dans le monde occidental et des conséquences géopolitiques importantes.

7. FERNANDEZ-ARMESTO, Felipe, «Eustache Chapuys of Anney» dans BIETENHOLZ, PETER G. et DEUTSCHER, Thomas Brian, *Contemporaries of Erasmus: A Biographical Register of the Renaissance and Reformation*, University of Toronto Press, Toronto, 1985, p. 293–295.

8. PAUNIER, Daniel. «L'établissement gallo-romain de Bernex», *Annuaire de la Société Suisse de préhistoire et d'archéologie* (ASSPA) 56, 1971, p. 4.

9. Paunier, 1967, p. 147.

10. Ibid n° 4.

11. Ibid n° 4, p. 148.

12. Ibid n° 4, p. 139.

13. Les découvertes ont été faites à différentes époques, en raison des objets et des pièces trouvés dans la région.

14. Il s'agit du projet d'urbanisation de Saint-Mathieu, en lien avec le prolongement du tramway numéro 14. Il est important de mentionner que le prolongement de la ligne de tramway n'affecte pas les sites archéologiques de Vuillonex et de Saint-Mathieu. Néanmoins, ces constructions occultent le gigantesque développement immobilier à venir juste au-dessus des sites.

15. TERRIER, Jean, «Saint-Mathieu de Vuillonex : une église en bois édifée au Xe siècle dans la campagne genevoise», *Genava: revue d'histoire de l'art et d'archéologie*, n. 46, 1998.

16. L'auteur, en plus d'être diplômé en droit et avocat de métier, a étudié les premières années de licence en histoire, sans toutefois la terminer.

17. Seulement les élèves de 6P et 8P ont eu la possibilité d'y aller. «En novembre dernier, l'archéologue a organisé, en collaboration avec le Service de la communication de Bernex, des visites adaptées pour des élèves de la commune. Quatre classes de 6P à 8P des écoles de Robert-Hainard et de Lully se sont

rendues sur place pour observer les vestiges." *In*: Infos Bernex. Journal communal, décembre 2018, p. 17

18. ROODT, Christa, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Edward Elgar publishing, Massachusetts, États-Unis, 2015. p. 2-4.

19. ROODT, Christa, n. 17, p. 4

20. En 1956, l'UNESCO a adopté une Recommandation sur la conduite des fouilles archéologiques qui, malgré son objet limité, contenait des principes fondamentaux pour les instruments ultérieurs de l'UNESCO : la protection du patrimoine culturel incombe aux États en raison de l'importance qu'il revêt pour l'humanité tout entière...». BLAKE, Janet, dans NAFZIGER, James A.R, *Cultural Heritage Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Royaume-Uni, 2012, p. 67.

21. ELIA, R. J. «Looting, collecting, and the destruction of archaeological resources», *Nonrenewable Resources*, v. 6, n. 2, 1997, p. 85–98.

22. BJERKETVEDT, Linda. «Rethinking Archaeology: The Role of Archaeologists in Heritage Management, Spatial Planning and Design» dans *Heritage Studies*, Vrije Universiteit Amsterdam, 2019. Disponible sur: <http://heritagestudies.nl/?p=398>. Consulté le: 1<sup>er</sup> décembre 2019.

23. Ibid n° 21.

24. A titre de suggestion, nous énumérons ci-dessous quelques références tirées de discussions et d'expériences de l'administration publique sur le thème, bien que beaucoup d'entre elles soient en anglais.

- Les servitudes de conservation sont des accords juridiques volontaires entre un propriétaire foncier et une organisation qualifiée ou un organisme gouvernemental qui protège les ressources culturelles (bâtiments, sites, archéologiques) contre les activités qui pourraient nuire à l'intégrité de la propriété (voir <http://www.preservationnation.org/information-center/law-and-policy/legal-resources/easements/#.Va-NamRNviko>).

- Appler, D. R. « Municipal archaeology programs and the creation of community amenities », *The Public Historian*, 2012, 34(3), p. 40–67. [Crossref], [Web of Science ®], [Google Scholar]

- Plus précisément en ce qui concerne les restes humains trouvés dans le site de Saint-Mathieu : <https://archive.archaeology.org/online/features/afrburial/>

- <https://historicengland.org.uk/whats-new/research/preserving-archaeological-remains/>

25. JACOB, Jean-Paul et LAVENDHOMME, Marie-Odile, «La construction de la ville "durable"», *L'Archéologie, un regard nouveau*. Disponible sur: [http://openarchive.icomos.org/1150/1/1-3-Article5\\_Jacob\\_Lavendhomme.pdf](http://openarchive.icomos.org/1150/1/1-3-Article5_Jacob_Lavendhomme.pdf). Consulté le: 2 décembre 2019.

26. Disponible sur: <https://www.ge200.ch/carto/carte-de-hondt-1630-en-couleur>. Dernière accès en: 08 août 2020.

27. Disponible sur: [www.mapsantiquity.com](http://www.mapsantiquity.com). Dernière accès en 08 août 2020.

28. Arch. dép. Haute-Savoie, Académie florimontane, archives n° 1609.

29. Disponible sur: <https://tiresias.unil.ch/card/55209594>. Dernier accès: 8 août 2020.

30. Disponible sur: <https://tiresias.unil.ch/card/55209594>. Dernier accès: 8 août 2020.

31. Disponible sur: <https://tiresias.unil.ch/card/55209597>. Dernier accès: 8 août 2020.

32. Crédit de l'image à Jean Terrier, L'ancienne église Saint-Mathieu de Vuillonex à Genève, Mémoires et documents de la Société d'histoire et d'Archéologie de Genève, tome 67 et Cahiers d'archéologie romande 149, Genève et Lausanne 2014.

33. Crédit de l'image à Jean Terrier, L'ancienne église Saint-Mathieu de Vuillonex à Genève, Mémoires

et documents de la Société d'histoire et d'Archéologie de Genève, tome 67 et Cahiers d'archéologie romande 149, Genève et Lausanne 2014.

## RÉFÉRENCES

BLAKE, Janet, dans NAFZIGER, James A.R, *Cultural Heritage Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, Royaume-Uni, 2012, p. 67.

BJERKETVEDT, Linda, «Rethinking Archaeology: The Role of Archaeologists in Heritage Management, Spatial Planning and Design» dans *Heritage Studies*, Vrije Universiteit Amsterdam, 2019. Disponible sur: <http://heritagestudies.nl/?p=398>. Consulté le: 1<sup>er</sup> décembre 2019.

BLONDEL, Louis. «Le retranchement de César sur le Rhône» dans *Genava, revue d'histoire de l'art et d'archéologie*, n. 23, 1945.

ELIA, R. J. «Looting, collecting, and the destruction of archaeological resources», *Nonrenewable Resources*, v. 6, n. 2, 1997, p. 85–98.

FERNANDEZ-ARRESTO, Felipe, «Eustache Chapuys of Annecy» dans BIETENHOLZ, PETER G. et DEUTSCHER, Thomas Brian, *Contemporaries of Erasmus: A Biographical Register of the Renaissance and Reformation*, University of Toronto Press, Toronto, 1985, p. 293–295.

JACOB, Jean-Paul et LAVENDHOMME, Marie-Odile, «La construction de la ville “durable”», *L'Archéologie, un regard nouveau*. Disponible sur: [http://openarchive.icomos.org/1150/1/1-3-Article5\\_Jacob\\_Lavenfhomme.pdf](http://openarchive.icomos.org/1150/1/1-3-Article5_Jacob_Lavenfhomme.pdf). Consulté le: 2 décembre 2019.

PAUNIER, Daniel. «L'établissement gallo-romain de Bernex» dans *Annuaire de la Société Suisse de préhistoire et d'archéologie* (ASSPA) 56, 1971, p. 140.

ROODT, Christa, *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Edward Elgar publishing, Massachusetts, États-Unis, 2015, p. 2-4.

TERRIER, Jean, «Saint-Mathieu de Vuillonex : une église en bois édiflée au Xe siècle dans la campagne genevoise», *Genava: revue d'histoire de l'art et d'archéologie*, no 46, 1998.

WEIL, Simone, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris, 1952, p. 52.

## **ANNEXE 1 - DOCUMENTATION, REPRODUCTION ET IMAGERIES D'ARCHIVES**



Image 1 - Chemin de Saint Mathieu à Bernex (pendant les fouilles)



Image 2 - Chemin de Saint Mathieu à Bernex (après les fouilles)



Image 3 - Future quartier de Saint Mathieu à Bernex (après l'édification)



Image 4 - Chantier à la fin des fouilles (visite publique)



Image 5 - Vue aérienne (Google Maps) du terrain de Saint Mathieu, où se trouvent les sépultures, poteaux, fondations des structures ecclésiastiques (églises) et des vestiges d'une route romaine.



Image 6 - Carte de Hondt 1630<sup>26</sup>



Image 7 - Carte de Hondt 1630 en détail.

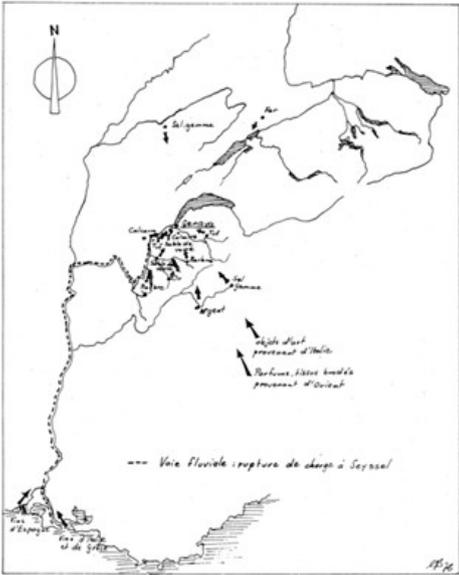


Image 8 - Croquis des routes de commerce de l'antiquité (Mer Méditerranée à Genève)<sup>27</sup>

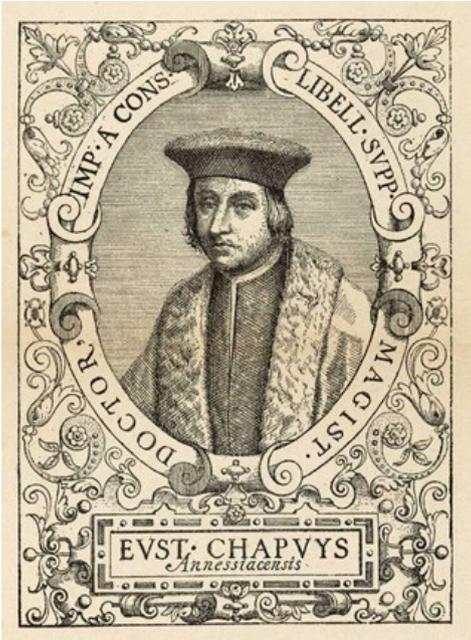


Image 9 - Eustace de Chapuy<sup>28</sup>



Image 10 - Bernex (Genève), En-Saule, villa gallo-romaine Photographie du 23 novembre 1968, visite du site avec (de g. à dr.) Daniel Paunier, responsable des fouilles, Rudolf Degen, secrétaire général de la SSPA, et Charles Bonnet, archéologue cantonal adjoint (Genève)<sup>29</sup>



Image 11 - Bernex (Genève), En-Saule, villa gallo-romaine Photographie du 23 novembre 1968, visite du site avec (de g. à dr.) Daniel Paunier, responsable des fouilles, Rudolf Degen, secrétaire général de la SSPA, et Charles Bonnet, archéologue cantonal adjoint (Genève)<sup>30</sup>



Image 12 - Bernex (Genève), En Saule. Vue générale des fouilles de sauvetage de la *pars rustica* de la villa romaine (1968-1972). Auteur Daniel Paunier, IASA-UNIL<sup>31</sup>



Image 13 - Rencontre de Julius Caesar et le Chef des Helvètes à Genève, à l'endroit où il est aujourd'hui la Rue des Moulins (Bel-Air). Publiée par Karl Jauslin dans son Histoire Suisse en images (1885/1887).

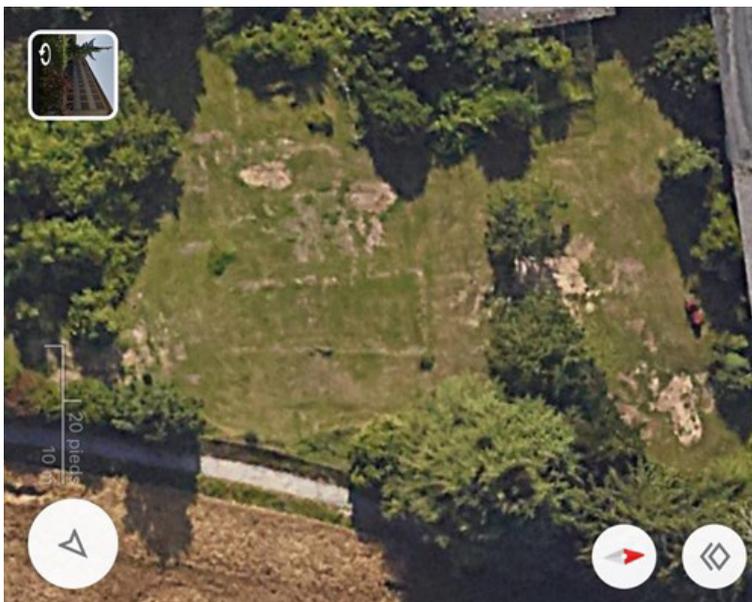


Image 14 - Vue aérienne (Google Maps) des vestiges des fouilles de l'ancienne Église en bois de Saint Mathieu de Vuillonnex pendant les années 1990.



Image 15 - Reconstitution aquarellée vue plongeante du nord-ouest de l'ancienne église en bois de Saint Mathieu de Vuillonnex au XIV<sup>e</sup> siècle<sup>32</sup>



Image 16 - Sépulture médiévale fouillée dans les fouilles années 2018



Image 17 - Sépulture médiévale fouillée dans les fouilles années 1990<sup>33</sup>



Image 18 - Fouilles d'une partie d'une ancienne route romaine (2018)



Image 19 - Fouilles de l'ancienne route romaine déjà laissé à l'abandon (la couverture plastique n'a pas été retiré et l'herbe pousse et recouvre déjà une grande partie du terrain)

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 08/07/2021

# MODELO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA MEDIAÇÃO AMBIENTAL E FUNDIÁRIA NO BRASIL

## *Model of popular participation in environmental and land mediation in the Brazilian*

**Rachel Lopes Queiroz Chacur**

Doutora em Ciências Ambientais – UFSCar (SP, Brasil). Mestre em Direito Processual Civil e Advogada. Estágio doutoral Universidade de Coimbra. Grupo de Pesquisa da Escola Naval de Guerra – ENA – Marinha Brasil.

### Resumo

O presente trabalho apresenta o modelo de participação popular na mediação ambiental e fundiária no sistema legal e jurídico brasileiro. O objetivo do trabalho é sugerir a implantação de parâmetros de participação dos sujeitos envolvidos no conflito para obterem a solução do problema ambiental e fundiário. A revisão de literatura define dogmas e regras normativas, legais e jurídicas respaldando a mediação ambiental descrevendo as relações lineares conflitivas. Acrescenta a visão sistêmica de relações sociais devido a origem das causas complexas e seus desdobramentos durante o desenvolvimento das tratativas de negociação e mediação, envolvendo assuntos de ordem ambiental e gestão de conflitos de interesses. Foi utilizada a metodologia de abordagem exploratória pautada em revisão de literatura e pesquisa empírica, com o uso de instrumentos de planilhas *Excell* e análise de dados públicos coletados de órgãos públicos, pelo período de 5 anos, em uma comarca e cidade do interior do Estado de São Paulo - SP, no Brasil. Os resultados apresentam a inexistência de meios e tratamento adequado de resolução de conflitos lineares judiciais e complexos nos órgãos públicos judiciais e administrativos. A relevância da proposta advém da projeção de um novo modelo de gestão pública ambiental e fundiária pelo instituto da mediação, em favor da solução de problemas complexos, e, por conseguinte contribuindo com o desenvolvimento econômico e social dos municípios brasileiros.

**Palavras-chave:** Conflitos. Mediação. Ambiental. Fundiária.

### Abstract

This paper presents the model of popular participation in environmental and land mediation in the Brazilian legal and legal system. The objective of the work is to suggest the implementation of parameters of participation of the subjects involved in the conflict to obtain the solution of the environmental and land problem. The literature review defines normative, legal and juridical dogmas and rules supporting environmental mediation describing conflicting linear relationships. It adds the systemic view of social relations due to the origin of complex causes and their consequences during the development of negotiation and mediation deals, involving environmental issues and the management of conflicts of interest. An exploratory approach methodology based on literature review and empirical research was used, using *Excell* spreadsheet instruments and analysis of public data collected from public agencies, for a period of 5 years, in a region and city in the interior of the State of São Paulo, São Paulo - SP, Brazil. The results show the lack of means and adequate treatment to resolve linear and complex judicial conflicts in the judicial and administrative public bodies. The relevance of the proposal comes from the projection of a new model of public environmental and land management by the mediation institute, in favor of solving complex problems, and, therefore, contributing to the economic and social development of Brazilian municipalities.

**Keyword:** Conflicts. Mediation. Environmental. Land.

### Sumário

1. Introdução; 2. Breve síntese da nova teoria do conceito de conflito ambiental e fundiário; 3. Os modelos de mediação no ordenamento jurídico nacional: uma nova modalidade de mediação fundiária; 4. A proposta de estrutura e organização da Mediação fundiária; 5. Processamento da Mediação fundiária e a participação popular; 6. O modelo de participação popular na mediação ambiental e fundiária; 7. Conclusão; 8. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A mudança de paradigma da teoria de conflitos colabora com uma nova visão global de metas e ações preventivas, diagnóstica e prognóstica de solução de problemas ambientais e fundiários dos territórios nacionais. Com foco na participação popular e de todos os agentes públicos e privados envolvidos, como sujeitos de direitos, nas tratativas de solução dos problemas ambientais e fundiários, rompendo com dogmas clássicos de linearidade de relações simples jurídicas nos órgãos públicos e propõe alguns modelos alternativos.

Esse novo modelo de gestão pública traz discussões acerca do assunto da descentralização estatal para a consecução de programas e planos de políticas públicas.

As premissas estudadas e propostas de modelos conferem a autonomia e responsabilidade de cada ente federado, em resolver as questões vinculadas ao êxito de seu programa e planejamento de governo, como um ônus estatal de boa governança de solução de problemas, e não rompe com os limites e estruturas federativo do Estado.

Esse novo movimento cultural e jurídico sensibiliza os sujeitos de direito e todas as autoridades responsáveis pela consecução destas ações de políticas públicas para se atingir a finalidade positiva da mediação ambiental e fundiária, como um instrumento de eficiência na gestão administrativa e judicial dos órgãos públicos nacionais.

Para tanto, o presente trabalho apresenta um modelo de participação popular na solução e resolução destes no sistema nacional.

A proposta é uma síntese e fruto dos resultados alcançados de uma tese de Doutorado na área delimitada e colabora com a gestão pública e o desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico das cidades brasileiras.

## 2. BREVE SÍNTESE DA NOVA TEORIA DO CONCEITO DE CONFLITO AMBIENTAL E FUNDIÁRIO

Esse novo posicionamento ideológico da concepção de conflito misto<sup>1</sup> reforça a necessidade de uma abordagem transdisciplinar e multidisciplinar ao tratar das questões ambientais e fundiárias, enfatizando as necessidades de reformulação de planos, programas, estratégias e ações de políticas públicas de desenvolvimento territorial das cidades.

A proposta da inicial da definição da teoria Mista de Conflitos elucida o conjunto de elementos de regras e leis, de forma sistematizada e em rede internas e externas, lineares e complexas, à dependerem do estado e condição concreta da causa e matéria ambiental e fundiária, e, à serem aplicadas pelos órgãos e instituições brasileiras.

A teoria mista do conflito pressupõe elementos essenciais, elementos secundários e elementos de caráter instrumental e subsidiário, com a finalidade de compreensão dos conflitos fundiários urbanos e aplicabilidade dos instrumentos de solução destes.

Em síntese, os elementos básicos são as regras estabelecidas sobre regularização fundiária no ordenamento jurídico nacional, desde que, respeitados os limites do modelo federativo de Estado trazendo como inovação os elementos secundários atinentes ao substrato dos direitos básicos, embasados em experiências dos fatos sociais, ambientais e

funditários. Acrescenta as responsabilidades dos sujeitos e das autoridades envolvidas com eventual ação e omissão pelos seus agentes e propostas de novas estruturas de poderes administrativos e judicial, agregando o caráter vinculativo, instrumental e regulador das decisões sobre os conflitos fundiários urbanos brasileiros.

A definição de conflito misto observa a descrição de todos esses elementos essenciais e fatores correlatos ao objeto demandando da mais variadas naturezas, obedecendo-se as regras consolidadas do instituto e acrescenta às questões estruturais da competência e da função das instituições e entidades envolvidas, no ato resolutivo e vinculativo da solução. Também, acrescenta a proposta de um mecanismo externo regulador de solução do problema ou resolução de conflitos fundiários urbanos na via administrativa e judicial, conforme o procedimento de legitimação fundiária ou possessória e o modelo proposto no trabalho.

Em caráter subsidiário elenca as funções das instituições e do governo, na condução e atuação cooperativa de formas reguladoras e autorreguladoras de conflitos, por meio de uma gestão descentralizada e desconcentrada da Administração do Estado, vislumbrando as atividades de iniciativas pessoais e ações institucionais existentes ou novas no território nacional, aprimorando-se procedimentos de participação e integração de informações tecnológicas de validação e certificação de documentos e títulos de posse e propriedade, sob uma perspectiva cooperativa e sistêmica complexa entre estruturas ou entidades institucionais e não institucionalizadas de uma sociedade, com maior transparência e gestão do tratamento das políticas públicas fundiárias, representadas em fluxogramas de roteirização de instâncias e órgãos de solução e resolução de conflitos fundiários urbanos.

Em sua maioria estes conflitos ambientais e urbanísticos encontram-se sob o viés de rede linear das relações dos legitimados. Geralmente eles são formados em redes lineares com uma subsunção do fato à legislação, assim mantendo o dogma clássico jurídico da concepção de conflito atrelado estritamente a expressa literalidade de normas jurídicas, resultando em decisões meramente declaratórias, mantendo o distanciamento dos problemas e soluções das questões fundiárias das cidades; como descreve o seguinte diagrama (Figura 1).

Figura 1. Diagrama de Rede Linear de Conflitos.



Fonte: Elaborada pela autora.

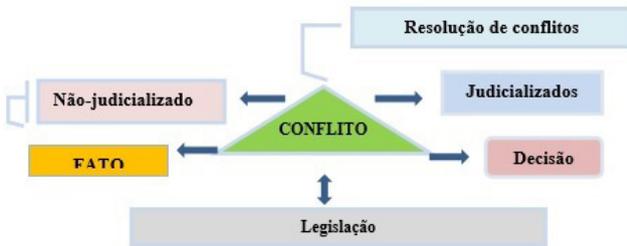
A figura acima representa uma rede linear de formação de relações de fato e relações jurídicas entre partes opostas envolvidas em um determinado conflito de interesses, na sociedade (REALE, 1996).

Essa pretensa relação material e jurídica acarreta inúmeros problemas de ordem interna e externa dos órgãos públicos, trazendo à tona a ineficiência estatal do modelo estru-

tural-funcional e a ausência de um sistema de controle de litigiosidade fundiária, totalmente desvinculado de atendimento a políticas públicas governamentais de vulneráveis, em suas práticas e rotina forense. Não correspondem aos pedidos dos cidadãos brasileiros e não resolvem o grande número de ações judiciais ou a litigiosidade contida nos órgãos judiciais, assim como, não respondem as exigências dos atos formais convalidados em certidão de posse ou título de propriedade de imóveis ou aos conclâmos do campo fático das tensões e problemas do espaço urbano.

Com a adoção de um novo conceito de conflito faz-se necessário a análise intersistêmica de redes complexas dos elementos singulares com toda a complexidade que forma o sentido da Unidade do sistema, representando a complexidade do diagrama de interconexão de elementos e setores envolvidos nos interesses ambientais e fundiários na sociedade, em contrapartida, a necessária forma de solução do problema ou resolução de conflitos fundiários urbanos (Figura 2).

Figura 2. Diagrama de rede linear Resolução de Problemas fundiários na esfera judicial.



Fonte: Elaborada pela autora.

Com a flexibilização de terminologias e ritos, com o fim de ajustes das lacunas existentes no estrito cumprimento da lei, por meio de comandos diretivos de implantação de modelos, uso de instrumentos e novas práticas de gestão pública participativa, envolvendo entidades públicas e reguladoras ou entidades públicas e privadas, para conferir o resultado da solução dos conflitos não-judicializados e a resolução dos conflitos judicializados no campo dos fatos e na prática forense.

Os conflitos ambientais e fundiários urbanos devem ser resolvidos, ainda que, inicialmente, em redes de lineares, somente na via extrajudicial, de forma menos burocrática e mais racional e objetiva com o uso de instrumentos, processamentos e ritos próprios.

A sugestão de a municipalidade adotar procedimentos padronizados de legitimação de posse e legitimação fundiária urbana, com análise meritória para cada caso de modalidade de Reurb, com a presença de uma equipe multidisciplinar e interdisciplinar entre os técnicos engenheiros, arquitetos, gestores ambientais, agrimensores, entre outros, todos envolvidos com a gestão integrada do setor da Secretaria de Habitação de Meio ambiente e todas as secretarias do Município (MARSHALL, 2002; HIRSCHL, 2004; KMIEK, 2004; BARROSO, 2009; MESSA, 2019).

Esse processamento deve cumprir essas etapas processantes de planejamento pré-

vio e levantamento diagnóstico ambiental e urbanístico do projeto de regularização ambiental e fundiária, com a submissão e protocolo deste na Prefeitura Municipal. Em tempo hábil de resposta ao cumprimento das etapas de eventuais procedimentos concomitantes administrativos ou judiciais previstos em lei, para se atingir o prognóstico das funções ambientais e estruturas dos imóveis indicados no projeto urbanístico e do espaço urbano da cidade. E, em oportuno momento e fase de planejamento corresponder a demanda da comunidade afetada e das entidades, fazendo-se consulta a toda à sociedade e atribuindo-se as responsabilidades assumidas e compartilhadas, para cada sujeito e órgão.

Este modelo de gestão de conflitos trará os instrumentos e indicadores de qualidade dos serviços ambientais afetando a eficiência de serviços judiciais, resultando em decisões efetivas dos órgãos públicos, no país.

### **3. OS MODELOS DE MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: UMA NOVA MODALIDADE DE MEDIAÇÃO FUNDIÁRIA**

A mediação é um ato *ou efeito de mediar* na tentativa de aproximar as partes e colocar se entre os conflitantes da lide, em busca de uma solução ou resolução do conflito de interesse, pela via alternativa e adequada na esfera administrativa ou judicial (Resolução nº 45/2008 do Conselho Nacional de Justiça) (CHACUR, 2018).

O instituto da Mediação ultrapassa o conceito de lide conforme apresentada teoria desta tese. Ela demanda uma abertura de diálogos estabelecendo as formas de comunicação entre os envolvidos nas relações conflituosas rompendo com paradigmas de percepções definidas por dogmas, engendrando uma interlocução de troca da fala e ação pelo resultado.

Neste contexto dialético estão os problemas macrosociológicos, como é o caso da regularização fundiária individual e coletiva, em modalidade social ou especial, com o fim de extrapolar as questões jurídicas e resolver a reinserção dos sujeitos ao seu estado natural de direito mínimo de subsistência de direito a moradia e a qualidade de vida.

O modelo de mediação judicial nos procedimentos das normativas processuais vigentes, denominados de Tribunal Multiportas, não resolvem os conflitos fundiários judicializados de direito de primeira grandeza, não correspondendo as exigências específicas do uso de instrumentos urbanísticos e procedimentos e ritos e aos conclâmicos do direito ao solo urbano dos locais afetados litigados nas cidades brasileiras (SIX, 2001; ALMEIDA, 2012; CHACUR, 2015).

É preciso uma nova metodologia e rito padrão ajustáveis a regularização da ilegalidade dos imóveis urbanos e regularização ambiental, na prática dos órgãos delegados e judiciais. Esses novos formatos devem acrescentar o ambiente do espaço de representatividade da participação popular no processamento de suas demandas, com a presença dos membros das entidades reguladoras e a primordial atuação do Estado, mediante a interatividade dos órgãos públicos, entidades e sociedade civil solicitando um maior, controle da legalidade do procedimento, da organização e do sistema, permitindo o alcance e uma estabilidade e segurança jurídica das relações imobiliária, em conformidade com o legislado ou contextual fático existente no campo do território.

No âmbito administrativo e judicial da Mediação devem existir várias formas de participação popular, em suas particularidades de atividades, níveis e graus, e resultados advindos de trabalhos de estreitamento junto a comunidade afetada, mediante o conjunto de modalidades de mediação comunitária, mediação ambiental, mediação administrativa e mediação fundiária para a solução do problema.

O quadro abaixo demonstra a necessidade de uma forma de comunicação entre todos os interessados pelo direito, pelas entidades representativas, pelos órgãos públicos e pelos setores privados, dentre outros envolvidos na tentativa de solução ou resolução de problemas ambientais e fundiários na estrutura e organização de modelos de mediação administrativa, ambiental e principalmente, mediação fundiária, no país.

Figura 3. Diagrama de Rede Complexa de Resolução de problemas fundiários.



Fonte: Elaborada pela autora.

No âmbito judicial da Mediação deve ocorrer a fase pré-processual ou em todas as fases procedimentais, com a sugestão de alterações normativas de previsão de audiências públicas prévias antes de audiências preliminares do rito especial, com a participação do Juiz e Ministério público, para em conjunto com a comunidade afetada intentar um acordo; como demonstrada as fases e etapas no quadro abaixo (Quadro 1).

Quadro 1 - Quadro Comparativo das Etapas da Mediação Judicial e Mediação Administrativa na regularização fundiária urbana.

MEDIAÇÃO JUDICIAL	MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA
Fase pré-processual para ações distribuídas ou retomada de chamada da fase pré-processual para as ações pendentes.	Fase pré-processual.
Formas de participação popular.	Formas de participação popular.
Acordo ou Processamento judicial.	Mediação administrativa ou Mediação fundiária.
Litígio forma por meio da ação judicial.	Termo de acordo ou declínio a judicialização.
Fases próprias do Rito Especial Usucapião, Reintegração de Posse, Demarcatória, Desapropriação, entre outras.	Rito do Cartório de Registro Público de Imóveis com o procedimento de Averbação ou Anotação de certidões de legitimação de posse ou legitimação fundiária.
Fase instrutória padrão dos ritos especiais acima adotados.	
Fase de julgamento - Fase Recursal - Fase de Execução – Fase suspensiva.	
Arquivamento	

Fonte: Elaborada pela autora.

É fundamental a reestruturação do processo para as hipóteses de procedimentos

avançados de desenvolvimento dos atos, em fase probatória ou decisória ou suspensiva do processo judiciais, com enfoque em designar audiência pública, com o intuito de levar ao êxito formas de participação popular, para obter acordos homologados individuais ou coletivos, com efeitos vinculativos fundiários ou remeter ao processamento administrativo.

A sugestão de parcerias de consórcio do setor público e privado, na consecução de regularização fundiária dos imóveis em litígio e entrega da certidão de legitimação possessória ou a escritura do imóvel aos cidadãos atingidos pelo problema fundiário.

Com a ressalva da participação obrigatória do advogado e mediador especializado e capacitado, bem como a representatividade de todas as entidades envolvidas e interessadas na solução do problema ambiental e fundiário, além da presença de representantes do próprio Poder Judiciário e Poder Executivo, bem como órgãos reguladores nas sessões de mediação (TARTUCE, 2016; CHACUR, 2014; CHACUR, 2019; CEBOLA, 2020).

Como suporte desses instrumentos e metodologia também o uso da inteligência artificial, com o uso de mediação *online* (ADR e ODR),<sup>2</sup> em todas as formas em separado e as modalidades descritas em tabela própria, porém, conexo de solucionabilidade e do canal de sistemas de comunicação e informações de dados de sistemas validados e certificadas, pelos órgãos públicos e delegados.

Os ritos especiais e procedimentos judiciais utilizados para a resolução e os mecanismos de tratamento de resolução de conflitos ambientais e fundiários judicializados urbanos estão inadequados no sistema de funcionamento e gestão do Poder Executivo e do Poder Judiciário brasileiro (CHACUR, 2012).

A proposta descrita abaixo destaca essa nova modalidade de **mediação fundiária**, principalmente, dentro das estruturas e funções do Poder Judiciário, nas vias administrativa e judicial; como descreve o fluxograma.

Figura 4. Diagrama de Rede Complexa estrutural judicial de solução de problemas fundiários e delegações de serviços.



Fonte: Elaborada pela autora.

No caso em tela de mediação em assuntos de regularização ambiental e fundiária urbana resta incluir o uso de instrumentos urbanísticos e novas metodologias de solução e resolução de conflitos judiciais aplicando-se a obrigatoriedade de pré-fases de mediação comunitária, em todas as modalidades e graus de escalas de participação da sociedade civil, com a interlocução da comunidade junto aos órgãos públicos.

Com o apoio das entidades associativas de bairros, participação ativa das Assistentes Sociais, a atuação da Polícia Militar, a presença de representantes dos setores econômicos e sociais e autoridades públicas no ato das negociações e tratativas das mediações fundiárias e ambientais, para a solução destes problemas.

O modelo autônomo de Mediação fundiária pode aproveitar o misto desse modelo padrão de processamento do conteúdo de ambas as esferas de resolução de conflitos fundiários urbanos, mantendo suas características do processamento de regularização fundiária, com os *efeitos vinculativos* de suas decisões dirigidas aos órgãos delegados administrativos, com o aproveitamento de atos judiciais e a remessa de informações aos Cartórios de Registro de Imóveis, em favor da economia e eficiência das gestões cartorárias, abaixo demonstrado.

Figura 5. Diagrama de Rede Complexa de Solução de problemas fundiários.



Fonte: Elaborada pela autora.

A criação desta modalidade de mediação fundiária requer a aplicação de metodologias e instrumentos ambientais e urbanísticos, em todas as esferas administrativas e judiciais, com o envolvimento dos sujeitos e entidades envolvidas na solução do problema, com o apoio dos órgãos públicos nas instâncias competentes, nas denominadas redes complexas e sistêmicas de solução de problemas.

#### 4. A PROPOSTA DE ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO FUNDIÁRIA

Neste processamento de regularização fundiária urbana é preciso criar uma estrutura com atribuições definidas de funções de regularização fundiária, com atos administrativos com efeito vinculativo e informados a atividade gestora de imóveis na Secretaria de Habitação do Município das cidades e integrado com o sistema informatizado do Cartório de Registro de Imóveis Públicos da comarca local e estabelecer vínculos com o sistema informatizado do Poder Judiciário.

Figura 6. Diagrama de Rede Complexa estrutural de Solução de problemas fundiários.



Fonte: Elaborada pela autora.

Como acima exposto é preciso criar uma reestruturação da organização da Administração Pública direta e indireta centralizada e descentralizada, com a desconcentração de competências e a simplificação de procedimentos, com controladoria de resultados.

A distribuição organizacional de competências e protegendo a sua autonomia interferativa dos governos na esfera federal, estadual e municipal, porém, para cada qual, propiciando uma rede interativa de canais de comunicação de informações registrais e notariais, com a projeção da viabilidade de implementação de políticas públicas e agendamento de um calendário do planejamento orçamentários de destinação de recursos, para cumprir as metas e ações diretas de regularização fundiária focal.

Os governos manterão a autonomia de gestão e controle financeiro promovendo o repartilhamento de recursos e orçamentos dotados de prévia tomada de preço ou licitação a depender da modalidade da participação da entidade interessada, associação civil ou qualquer cidadão, regulado por esferas hierárquicas superiores em uma interconexão de sistemas fiscalizatórios e reguladores de projetos e serviços de regularização fundiária urbana.

Esta condição de governança interfederativa recairia na indagação sobre a autonomia dos Estados da Federação e manifestação contrária ao controle externo estatal. Ocorre que, em tempos de tecnologia e mutações rápidas de ciclos dinâmicos da vida, em uma rede de informações e interesses múltiplos, com inúmeras pessoas e sujeitos de interesses envolvidos na teia complexa do sistema recomendam-se instrumentos de controle mitigador de possíveis desvios de conduta dos agentes públicos e privados, para atender eventual prática de corrupção sistêmica ou a garantir a proteção do grau de exposição do ente federativo em relações cooperativas, sistemas integrados e redes complexas.

Na esfera federal além da estrutura organizacional e funcional acima exposta dos estados-membros, a sugestão de criar um órgão descentralizado da Administração Pública, com o fim de regulação das atividades e serviços de regularização fundiária, em um sistema informatizado integrado, vinculados aos Tribunais de Contas e controladorias. De modo a monitorar os programas e projetos pelos meios de inteligência artificial, fornecidos e geridos pelo próprio Estado. Desta feita, informando as movimentações tributárias a todos os órgãos fazendários do fisco, em todo o território nacional; pois não existem redes sistêmicas integradas e compartilhadas de informações destas questões ambientais e fundiárias, e seus reflexos econômicos e fiscais, entre os entes federados e os órgãos fiscalizatórios, para levar-se à cotento, a regularização fundiária urbana e a distribuição econômica, tributária e equitativa das despesas e custos públicos, para o desenvolvimento das cidades e municípios.

Na esfera estatal promover a revitalização das atribuições e competências do Tribunal de Contas do Estado trazendo à tona o debate da forma de indicação de seus membros, com possíveis eleições e participação livre e aberta, também de representantes da sociedade civil. A sugestão é reforçar a autonomia das entidades de controladoria, já existentes nas competências estatais, criando uma nova forma de indicação dos membros da Controladoria do Município e Tribunal de Contas do Estado e Tribunal de Contas da União acrescentando no quadro de participação dos membros dos respectivos tribunais, um representante da sociedade civil ou entidades não governamentais com direito a voto e conferindo a partici-

pação nos debates, para a votação e aprovação final dos programas e prestação de contas dos recursos públicos. Para tais providências, é fundamental promover a revitalização das atribuições e competências do Tribunal de Contas do Estado trazendo à tona o debate da forma de indicação de seus membros, com possíveis eleições e participação livre e aberta, também de representantes da sociedade civil.

Na esfera municipal, a alternativa é a criação de uma autarquia local nos Municípios composta por Entidade reguladora composta por Conselhos, Juntas Administrativas e Câmaras privadas e Controladoria Municipal, cada qual com atribuições e competências com a finalidade específica para receber as inscrições de projetos ou demandas individuais solicitando a regularização fundiária de seu imóvel gerido pelas Prefeituras Municipais, em conjunto, com outras entidades e empresas envolvidas na área e vinculadas as respectivas secretarias da municipalidade (TORRES, 2009; ALVES, 2020).<sup>3</sup>

No caso em tela, ao tratar da temática de Regularização fundiária urbana sugere-se a utilização da terminologia estrutural de Conselhos ou Juntas administrativas de Mediação de conflitos fundiários urbanos, em sede de autarquias municipais vinculadas ao Município.

É importante a criação desta estrutura e funções em redes complexas de trocas de informações e gestão de dados para viabilizar a via alternativa de resolução de conflitos judiciais declinados a via administrativa dos cartórios extrajudiciais e delegados ou respectivas câmaras privadas ou públicas das autarquias municipais. Para aquelas hipóteses que restam somente a via judicial também a alternativa da mediação fundiária em redes complexas estruturais de solução de problemas fundiários, com o suporte de apoio tecnológico, técnico e jurídico de resolução de conflitos fundiários urbanos.

## **5. PROCESSAMENTO DA MEDIAÇÃO FUNDIÁRIA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Surge um novo modelo a ser testado de participação popular na solução de problemas ambientais e fundiários no Brasil.

A etapa de participação popular deve ser adotada em várias oportunidades e momentos distintos, como imperativo categórico obrigatório de todas as fases do procedimento da REURB- Social ou REURB – Especial, com formatos diversos de comunicação e participação dos afetados e interessados, com agentes condutores diferentes em cada nível e grau de diálogo na sequência dos trabalhos, à depender dos interesses conflitivos e do conflito, e das informações trocadas, provas apresentadas, demandas e interesse público pertinente, com a eventual obrigatoriedade de representação dos legitimados por meio de órgãos estatais (CAFRUNE, 2016; TARTUCCE, 2015; HAMER, 2016).

No tocante, a processamento das fases da Mediação fundiária é obrigatória a audiência pública com a presença dos moradores, os quais terão direito a voto e tomadas de decisões no espaço em semicírculos e redondos, gerando a interação direta de todos os membros da reunião, somente incorrendo em consenso após esclarecidos todos os pontos controvertidos, técnicos e jurídicos consequentes, e resultar em um documento hábil com efeito vinculativo da legitimação possessória ou legitimação fundiária dos imóveis ou geran-

do um termo de acordo homologado pelo Ministério Público e Poder Judiciário, levando a efeito e êxito o registro no Cartório de Registro Público de Imóveis da circunscrição. Para tanto, é recomendável a utilização de toda a estrutura de rede complexa de solução de problemas fundiários para garantir o êxito de uma iniciativa de modelo de solução de conflitos fundiários urbanos, com resultados positivos de mediação fundiária urbana, evitando a judicialização dos conflitos de interesses e vinculando os atos judiciais e administrativos na via inversa ou versa conforme o momento da fase dos procedimentos de regularização fundiária. Caso haja pendências de conflituosidade de ações judicializadas de conflitos fundiários sugere-se o deslocamento de competências descentralizadas administrativas e a transferência de atribuições de resolução de conflitos na via extrajudicial para a solução de problemas fundiários, com a participação popular em audiências prévia, e, após o resultado, a posterior informação de mediação positiva ou negativa devolvida ao órgão judiciário, para o arquivamento dos autos físicos ou digitais do processo.

Nas situações de mediação fundiária, em caráter autônomo, estabelecer o aceite do processamento duplo nas vias diretas e indiretas, em ritos especiais processados nos órgãos judiciárias e administrativos, o que dependerá de alteração legislativa em ambos os textos normativos das normas internas das esferas administrativas e judiciais, para implantar a base de metodologia de funcionamento e organização da modelagem de mediação fundiária, os canais de sistemas de informação e certificação de registros e validar a base de dados de decisões judiciais com efeito administrativo vinculativo, para várias plataformas dos órgãos públicos centralizados ou descentralizados no sistema nacional.

A ressalva é a existência destas iniciativas de reformulação das normas internas do processamento eletrônico de Registros Públicos de Imóveis, porém, não existe a previsão desta proposta de comunicação de processamentos e informações entre os órgãos administrativos, judiciários e delegados, para tal fim de vinculação e efeitos imediatos da decisão, em sede extrajudicial.

Neste sistema de governança compartilhada dos órgãos administrativos e judiciais é fundamental geral um modelo padrão sistêmico de solução de conflitos judicializados e problemas fundiários, à ser adotado como uma política pública nacional de distribuição de solo e regularização fundiária no Brasil.

Como se apresenta o diagrama abaixo descrevendo os atores e envolvidos na solução dos problemas complexos, em uma rede complexa de partes interessadas em todos os graus e níveis de diálogo e tomada de decisão, com responsabilidades individuais e compartilhadas, em proveito do equilíbrio da representatividade, com segurança ao direito dos legitimados, favorecendo o direito e a participação ativa dos cidadãos, contribuindo com o estreitamento da sociedade com os entes representativos das entidades e órgãos públicos, e, entes federativos (Figura 7).

**Figura 7.** Diagrama de Rede Complexa Estrutural de Solução de problemas fundiários.



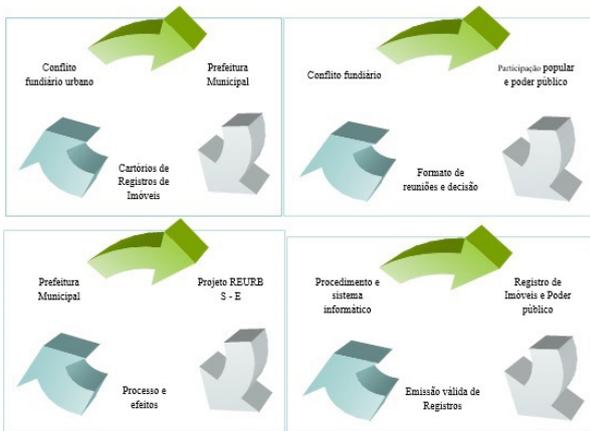
Fonte: Elaborada pela autora.

## 6. O MODELO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA MEDIAÇÃO AMBIENTAL E FUNDIÁRIA

Os formatos de participação comunitária precedem de planejamento de sessões de entrevistas, fórum, workshop, reunião ou painéis, a depender da especificidade da demanda e complexidade dos sistemas envolvidos no conflito ou problema fundiário e ambiental. O planejamento de atividades devem indicar previamente o nível de confidencialidade dos interesses em jogo e os limites de sua confidencialidade, e os objetivos para a consecução dos fins propostos de regularização ambiental e fundiária de uma comunidade afetada.

De forma sistemática a participação deve ser circular, colaborativas multiplurais, inclusivas e transparentes levando os atores sociais a uma identificação do problema, elencando as suas necessidades e demandas, em busca das melhores soluções ambientais e urbanísticas, em todas as acima indicadas fases de decisões sobre o conflito (FISCHER, 1991; LOPES, 2019; CEBOLA, 2020).

**Figura 8.** Diagrama de Solução de Problemas fundiários na esfera administrativa.



Fonte: Elaborada pela autora.

Nesta escala e grau de participação popular no processo de regularização fundiária urbana é oportuno utilizar o maior número de mecanismos de projeções narrativas circulares, com um caráter transformativo da fala da ação do sujeito ator de suas próprias histórias e contexto local de moradia (COOB, 2013; BUSH E FOLGER, 2014).

**Figura 9.** Graus e escalas de Participação popular em Solução de Problemas fundiários.

Atividade	Nível de confidencialidade	Objetivo	Gestão de confidencialidade
Entrevistas e reuniões individuais com os interessados	Total	Análise dos interessados Obtenção de informações das partes Inventários e análise das experiências dos interessados.	Proteção das informações e reflexões em espaços internos de diálogo espontâneo de troca direta e restrita.
Encontros	Quase total	Obtenção da informação Análise de experiência Reflexão sobre o processo Desenvolvimento de resultados como <i>inputs</i> para outras fases.	Proteção das informações e reflexões em espaços externos de diálogo com a comunidade de troca coletiva e quase-restrita.
Painéis com os grupos de interessados	Variada	Compilação de informações específicas do caso Exploração de possíveis articulações e parcerias.	Espaço de intercâmbio de informações e esclarecimentos das funções e papéis de cada interessado ou agente público envolvido no conflito.
Fóruns abertos	Nenhuma	Envolvimento dos interessados Garantia de transparência Fornecimento de informações Promoção do debate e da reflexão entre todos os interessados Divulgação dos resultados.	Espaços abertos com o fito de trazer os problemas e as soluções de enfrentamento de pacificação do conflito emanando um relatório final remetido aos interessados e órgãos públicos envolvidos na demanda.
Interação <i>online</i>	Nenhuma	Alargamento do diálogo para além dos presentes eventos Promoção do envolvimento entre eventos.	Espaço democrático e facilitador de reflexão e troca de informações abertas de desafios e metas de implementação do projeto.
Avaliação e Gestão	Nenhuma	Sistemas internos e externos de informações e comunicação de indicadores de qualidade de serviços públicos e demandas focais.	Espaço de informação e comunicação do sistema e entre sistemas privados e públicos gerando vínculos de efeitos imediatos de validação da proposta, até findar acordo homologado ou registro do direito.

**Fonte:** modelo adaptado do Projeto “MAR Gov.” e incluído o sistema de gerenciamento de sistema de graus de avaliação da qualidade de serviços públicos e comunicação entre os setores e órgãos públicos administrativos e judicial do Estado nacional.

A estrutura do processo de participação apresenta uma prática desenvolvida em uma proposta do projeto de sessões participativas e modelos cooperativos e sistêmicos do “Projeto MARGOV”, realizado pelo governo português. Após a análise dos documentos e relatórios a advertência de utilização da ordem inversa dos níveis de graus de escalada de conflituosidade de Glasl (1980) como pressuposto de ruptura de elos lineares dos conflitos, evitando-se terminologias de endurecimento e de simples grau de debate, para gerar uma rede de polêmica, imagens e signos, coligações de personificação, estratégias de ameaças,

aniquilamento do inimigo e estilhecimento do inimigo para o abismo, até se chegar ao caos do entendimento do conflito, para elencar as opções de solução do problema (GLASL, 1980; FONSECA, 2010; ALUTT, 2015, VASCONCELOS, 2016).<sup>4</sup>

No processamento documental das reuniões junto à comunidade local afetada, devem ser exigidas as mínimas formalidades de validade e efeitos da tomada de decisão, com total transparência e votação dos presentes, em caráter de tomada de decisões unânimes ou em maioria qualificada nos fins das sessões. Com o início de carta convite aos membros de lista prévia de levantamento do número de interessados domiciliados e as condições ambientais e urbanísticas de cada imóvel ou local habitado, assim indicando nominalmente os legitimados, para se obter um panorama do grau e escala de conflituosidade ambiental, urbanística e social, daquela comunidade. Nestas reuniões é fundamental promover um espaço democrático de voluntariedade individual e completa de participação dos interessados nas audiências públicas fomentando os diálogos e a abertura da fala para a projeção dos pedidos do local afetado, com a participação voluntária condicionada ou forçada de entidades representativas, as quais trarão sugestões de possibilidades de condução de tratativas, daquilo que pode ser negociado e àquilo que invariavelmente será objeto de ações de programas de políticas públicas do poder público (CEBOLA, 2020).

Esses níveis são classificados pelos parâmetros de voluntariedade completa, parcial, condicionada ou forçada e depende do grau de confiança no processo conduzido pelos facilitadores e agentes públicos.

## 7. CONCLUSÃO

Diante do caráter científico da tese apresentadas as propostas das premissas teóricas dos fundamentos de teoria mista do conflito em redes complexas, com modelos de processamentos de modos autônomo ou híbrido à depender da classificação do conflito judicializado ou não-judicializado, com uma visão macro-etnográfica das disputas sociais e judiciais, embasadas na dogmática positivista e jurídica, o surgimento de novas modalidades de mediação, inclusive, a modalidade da **mediação fundiária**, no Brasil.

Apesar de inúmeras legislações atualizadas sobre a linha temática e o assunto da regularização fundiária no sistema jurídico-legal brasileiro, carecem de rupturas dogmáticas, novas metodologias, alterações em sistemas de plataformas digitais, mudanças legislativas, para levar a contento a proposta da regularização fundiária.

Existem lacunas acerca de alguns requisitos do instituto de Mediação merecendo tratamento de sua aplicação transversal metodológica de instrumentos à serem utilizados pelos técnicos e instituições, estabelecendo as estratégias de ênfase na participação popular e cooparticipação de entidades públicas e privadas na solução dos casos, com a descrição dos limites de responsabilidades dos agentes públicos no ato de tomada de decisões deliberativas de políticas públicas afeitas as questões fundiárias nos municípios.

Por conseguinte, cumpre essa nova modalidade de mediação fundiária versar sobre formatos de (re) solução de conflitos ambientais, com novas práticas descentralizadas e desconcentradas reguladas, para o cumprimento da racionalidade do atendimento e ser-

viços fundiários, em favor da distribuição de moradia, contribuindo com a diminuição das desigualdades e da pobreza, cumprindo com o objetivo basilar de pacificação dos conflitos socioambientais e fundiários nas cidades brasileiras.

## 8. NOTAS

1. A expressão de teoria de conflito misto é propositadamente sugerida pela acepção original da palavra misto ou misturado. A acepção de misto define diversas naturezas representadas por um meio termo entre duas coisas correlatas e interconectadas, sem perder a sua essência e mantendo a natureza de cada origem e formação do instituto ou instituição, chegando-se a uma proposta de formação de um terceiro elemento. O que difere da concepção de conflito híbrido em que a acepção original da palavra híbrido leva a união de elementos ou fatores, tornando um elemento distinto e novo, abandonando o caráter autônomo originário da natureza pertencentes a composição de algo diferente.

2. ADR – *Alternative Dispute Resolution*.

3. *La propiedad urbana y rural en el Perú, debe ser de acuerdo a ley, un mecanismo impulsor del desarrollo integral: empresa, capital, gerencia, tecnología y como consecuencia de económico, social y cultura, en el corto y mediano plazo. El Decreto Legislativo 803 crea con este objetivo el sistema de formalización de la propiedad, integrado por COFOPRI, REGISTRO PREDIAL URBANO, FOPROP y TRIBUNAL ESPECIAL DE LA PROPIEDAD, que pretenden garantizar un eficiente y activo proceso de titulación a favor de los propietarios de predios urbanos sin documentos que acrediten su dominio. El derecho de los pobladores a tener títulos de propiedad, debe hacerse realidad en armonía a las disposiciones de la nueva ley, de manera que los inmuebles formalizados sirvan de garantía real suficiente para la obtención de créditos en los asentamientos humanos urbano marginales, urbanizaciones populares de interés social, centros poblados, asociaciones y cooperativas de vivienda* (TORRES, 2009, p. 4-10).

4. Disponível em: <https://www.wteamup.com/margov>. Leitura na íntegra do Projeto e do sistema de gerenciamento de informações na Faculdade de Ciências e Tecnologia de Lisboa (FCTL – Portugal).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos fundiários urbanos no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

ALVES SILVA, Franklyn Roger; ESTEVES, Diogo do Couto. A Nova Disciplina da Legitimação Extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). **Repercussões do Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, Defensoria Pública, p. 313-344.

ALUTT, Antonio Garcial. *Sustainability in the 21st Century - The Power of Dialogue*. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

CAFRUNE, M. A judicialização dos conflitos urbanos-ambientais na América Latina. **Revista Direito&Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 376-396, jun. 2016. Disponível: [https://www.researchgate.net/profile/Marcelo\\_Cafrune/publicati18on/303401771\\_Mediacao\\_de\\_Conflitos\\_Fundiarios\\_Urbanos\\_do\\_Debate\\_Teorico\\_a\\_Construcao\\_Politica/links/5740dbac08ae298602ebb894.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Marcelo_Cafrune/publicati18on/303401771_Mediacao_de_Conflitos_Fundiarios_Urbanos_do_Debate_Teorico_a_Construcao_Politica/links/5740dbac08ae298602ebb894.pdf?origin=publication_detail). Acesso em: 19 out. 2016.

CHACUR, R. L. Q.; OLIVEIRA, C. M. Modelo Descentralizado de Mediação para Resolução de Conflitos de Reforma fundiária urbana. **Revista de Formas Consensuais de Resolução de Conflitos Brasília**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 36-50, jan./jun. 2017. XXVI Encontro Nacional de Pesquisa de Pós-graduação – CONPEDI, 2017, Brasília, DF.

CHACUR, R. L. Q.; OLIVEIRA, C. M. **Ocupação de espaços urbanos**: a Ciência e a filosofia em tempos de Democracia. 2018. Simpósio Internacional sobre Direito Atual, Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2018.

CHACUR, R. L. Q.; OLIVEIRA, Celso Maran de. Novo Código de Processo Civil versus a Judicialização para a Implementação das Políticas Públicas do Meio Ambiente. In: I CONGRESSO NOVOS DIREITOS, 2015, São Carlos. **Anais**. São Carlos: [s. n.], 2015.

CHACUR, R. L. Q.; OLIVEIRA, C.M. O. Novo Código de Processo Civil e as ações possessórias contra coletividades: avanços ou retrocessos. In: CONFERENCE: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE LONDRINA, 2017, Pavilhão Londrina Shopping, Londrina. **Anais de Evento**. Londrina, [s. n.], 2017. DOI: 10.13140/RG.2.2.28846.20808.

CEBOLA, Cátia. **Legal impact of robots in civil liability and taxation: wat we know, trends and challenges**. CM Cebola, C Sa, JL Martins, TA Ramalho. Economic and Social Development: Book of Proceedings, 2020, 135-143.

FONSECA, Rui Brito *et al.* **Ambiente, Ciência e Cidadãos**. Portugal: Edição Esfera do Caos, 2015.

FONSECA, Clécio de Jesus; SILVA, Gabriela Mateus de Fontes; MARQUES, Leandro de Souza; BARBUDA, Lucas; CASTRO, Cassio Marcelo Silva. Importância do SIG para Cadastro Territorial e Planejamento Rural no Brasil. Artigo de Revisão. **C&D-Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v. 9, n.1, p.74-88, jan./jun. 2016.

FISCHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como chegar ao sim**. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1994.

KMIEK, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial review**. Califórnia Law Reviw, oct, 2004.

LOPES, André Luiz. **A legitimidade ativa ad causam na ação popular ambiental**. Revista Amagis Jurídica, [S.l.], n. 8, p. 175-190, ago. 2019. ISSN 2674-8908. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/132>. Acesso em: 16 mar. 2020.

MARSHALL, William P. *Conservatives and Seven sins of judicial activism*. **University of Colorado, Law Review**, [S.l.], v. 73, n. 4, p. 37, set. 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. [São Paulo]: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. [São Paulo]: Editora Saraiva, 1994.

SIX, Jean François Six. **Dinâmica da Mediação**. Tradução Agda Arruda Barbosa, Gisele Groeninza de Almeida e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação para Resolução de Conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VASCONCELOS, Lia; CASER, Úrsula; SILVA, Flávia; COELHO, Marilisa; SÁ, Rita; GONÇALVES, Graça; PEREIRA, Maria João Ramos; FERREIRA, José Carlos; PAINHO, Marco; DIAS, Fernando; CALBET, Oscar Vidal; OLIVEIRA, Tiago Humberto. *Collaborative Governance in Marine Protected Areas – the Eco-Social Dialogue in the Empowerment of Changing Agents for the Sustainability of the Oceans*. In: VASCONCELOS, Lia (coord.). **Sustainability in the 21st century – The Power of Dialogue**. [S.l.]: MARGov - Collaborative Governance of Marine Protected Areas, 2015, p 23-32. (ISBN 978-9898745-58-3).

Recebido em: 10/03/2021

Aceito em: 15/07/2021

# PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: PESQUISA DE ACÓRDÃOS E CONSULTA PROCESSUAL

*Personal Data Protection and Public Procedure Principle: Public Access to Courts Electronic Records*

**Oscar Valente Cardoso**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz Federal na 4ª Região do Rio Grande do Sul (RS, Brasil).

## Resumo

A generalidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/2018) leva à sua incidência sobre todos as relações jurídicas cíveis que contiverem os dados pessoais no seu objeto, independentemente do desempenho de atividade econômica, do objetivo de lucro e da realização de atividades de tratamento de dados pessoais por pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. Em consequência, a LGPD também incide nos processos judiciais, o que leva à necessidade de compatibilização da proteção de dados pessoais com o princípio da publicidade processual. Com o objetivo de analisar essas relações, e a partir de uma pesquisa empírica, o artigo examina as principais consequências produzidas pela LGPD sobre o princípio da publicidade processual, a partir de seu conceito e aplicação prática (inclusive nos processos eletrônicos) e das normas legais sobre a publicidade e a proteção de dados pessoais, com as consequências sobre a publicação dos atos processuais, a pesquisa de acórdãos e a consulta processual. Nas conclusões, defende-se a necessidade de atualização desse princípio e propõe a regulação normativa da matéria.

**Palavras-Chave:** Código de Processo Civil. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Princípio da publicidade processual. Segredo de justiça.

## Abstract

The generality of the Brazilian Personal Data Protection General Act (LGPD – Act nº 13.709/2018) leads to its impact on all civil legal relationships with personal data in their object, regardless of the performance of economic activity, profit objective and the carrying out of personal data processing activities by natural or legal persons, public or private. As a result, the LGPD also affects legal proceedings, which leads to the protection of personal data compatible with the public procedural principle. In order to analyze these relations, it examines the main consequences produced by LGPD on the public procedural principle, based on its concept and practical application (including in electronic process) and the legal rules on public procedures and the protection of personal data, and its consequences on the publication of procedure acts, the search for judgments and procedures consultation. In the conclusions, it defends the need to update the public procedural principle and proposes the normative regulation of the question.

**Keywords:** Brazilian Civil Procedure Code. Personal Data Protection General Act. Public procedure principle. Secret procedure.

## Sumário

1. Introdução; 2. Princípio da Publicidade Processual; 3. Publicidade no Processo Eletrônico; 4. A LGPD nos Processos Judiciais; 5. Proteção de Dados Pessoais e Publicidade Processual; 6. Pesquisa de Acórdãos e Consulta Processual; 7. Publicidade Processual e Divulgação de Dados Pessoais por Terceiros; 8. Conclusão; 9. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da maior parte dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/2018) em 18 de outubro de 2020 produziu consequências em todas as áreas cíveis (ou seja não criminais) do Direito brasileiro. A existência objetiva de dados pessoais em uma relação jurídica subjetiva atrai a incidência da LGPD.

Entre os seus reflexos está a regulação das atividades de tratamento dos dados pessoais nos processos judiciais, o que envolve a seguinte questão: como compatibilizar a proteção de dados pessoais com o princípio da publicidade processual?

Neste artigo, examinam-se as principais consequências produzidas pela LGPD sobre o princípio da publicidade processual, a partir da realização de uma pesquisa empírica e da perspectiva da proteção dos dados pessoais referidos nas decisões judiciais.

Para esse fim, realiza-se a delimitação do conceito e das principais classificações do princípio da publicidade, a aplicação da publicidade nos processos eletrônicos, a identificação dos fundamentos legais para a incidência da LGPD nos processos judiciais e, por fim, a análise dos reflexos produzidos pela proteção de dados sobre a publicidade processual.

## 2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE PROCESSUAL

A publicidade deriva do verbo publicar, que tem origem em duas expressões latinas: *publicus*, relativo às pessoas (ou seja, ao público), e *publicare*, que significa tornar acessível às pessoas ou ao público.

Norberto Bobbio (1997, p. 103) afirma que a publicidade dos atos de poder público “[...] representa o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do estado moderno que passa do estado absoluto a estado de direito”.

No Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles (1999, p. 87) conceitua a publicidade como “[...] a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos. [...] A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.<sup>1</sup> Ainda na esfera administrativa, Odete Medauar (1992, p. 237) afirma que “a publicidade ampla contribui para garantir direitos dos administrados; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões, [...]”. Juarez Freitas (1997, p. 70) qualifica-o como o *princípio da máxima transparência*, tendo em vista que a Administração Pública não pode encobrir ou resguardar nada na prática de seus atos, que se sujeitam ao acesso e ao controle dos administrados.

A publicidade leva a Administração a ser impessoal e visível (ou transparente).<sup>2</sup>

Para J. J. Canotilho (1993, p. 171 e 191), a publicidade exerce uma *função positiva* sobre os atos da Administração Pública, pois confere eficácia externa e segurança jurídica, além de proteger os cidadãos contra tais atos. Carl Schmitt (1996, p. 208) associa a publicidade à representatividade: representar é tornar algo visível e presente, razão pela qual o Legislativo só representa o povo por meio de atividades públicas.

Tendo em vista que a prestação jurisdicional é uma função pública e que o Judiciário é organizado e administrado pela Administração Pública, por meio da publicidade se busca a transparência e a divulgação dos atos praticados no processo (MELLO, 1999, p. 44-45).

Nesse sentido, Cândido Dinamarco (2005, p. 254) afirma que:

Os agentes públicos, atuando como personificação viva do próprio Estado, dão contas de suas atividades aos sujeitos diretamente interessados, aos seus próprios superiores hierárquicos, aos órgãos de fiscalização institucionalizada e ao público, a bem da *transparência* destinada a permitir o controle interno e externo daquilo que faz, ou omitem.

Michele Taruffo (1975, p. 407) ressalta que a publicidade e o dever de motivação possibilitam uma relação direta entre a sociedade e a Administração da Justiça, ao permitir o controle externo dos atos judiciais.

Para Joan Picó i Junoy (2012, p. 139), a publicidade confere uma projeção genérica às decisões judiciais, para que não se limitem apenas ao conhecimento das partes.

Também relacionando a publicidade à garantia de controle externo dos atos judiciais por toda a sociedade é o entendimento de Sérgio Porto e Daniel Ustároz (2009, p. 62).

Na sua principal classificação, a publicidade pode ser:

(a) interna, ou endoprocessual, tendo como destinatárias as partes do processo e seus representantes;

(b) e externa, ou extraprocessual, assegurada para qualquer pessoa fora do processo, interessada ou não.<sup>3</sup>

Também é doutrinariamente classificada como (a) geral, que permite o acesso de qualquer pessoa aos atos processuais; (b) e restrita, que a limita às partes processuais; (c) imediata, na qual todas as pessoas podem acompanhar a execução dos atos processuais; (d) e mediata, em que qualquer pessoa tem acesso ao conteúdo do ato após a sua prática.<sup>4</sup>

Atribui-se uma dupla consequência à publicidade:

(a) a proibição de atos processuais e (especialmente os) julgamentos secretos;

(b) e a exigência de que todas as decisões judiciais sejam acessíveis ao público externo ao processo.

A publicidade externa (ao lado da motivação) possibilita o controle dos atos judiciais, ao permitir que as partes e ao possibilitar que todas as pessoas que não participaram do processo exerçam democraticamente a verificação dos atos praticados.

Em suma, a publicidade consiste na prática pública ou na divulgação oficial dos atos processuais, para permitir o início de seus efeitos e o controle dos atos por meio do conhecimento público.

É, ao mesmo tempo, transparência e informação, usadas para o controle interno e externo dos atos processuais. Abrange a transparência de todos os atos praticados pela Administração Pública e a permissão de acesso a todos eles, independentemente da de-

monstração de interesse. Porém, a publicidade não se confunde com a publicação dos atos.

O fundamento constitucional do princípio da publicidade está no art. 93, IX, com a redação modificada pela EC nº 45/2004:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Em complemento, o art. 5º, LX, da Constituição, realiza a ponderação entre a publicidade e, de outro lado, o interesse social e a intimidade: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Desse modo, há uma autorização constitucional para a limitação da publicidade diante de um desses valores.

No Código de Processo Civil, o princípio da publicidade está previsto na parte inicial do art. 11, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Em complemento, o parágrafo único do art. 11 dispõe que “nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público” (ou seja, respeita-se a publicidade endoprocessual).

De forma específica, o art. 189 lista quais atos processuais podem ser excepcionados pelo sigilo processual. Em resumo, o dispositivo restringe a publicidade em situações de interesse público (inciso I) ou privado (incisos II a IV), ou seja de proteção do interesse público ou social e da intimidade.

Ao conferir primazia à publicidade e prever o sigilo como exceção, a Constituição brasileira optou por priorizar a informação, a transparência e o interesse público no acesso aos atos praticados por agentes públicos.

Pretende-se, com isso, não apenas associar diretamente a publicidade como condição de eficácia da fundamentação, mas também realizar uma ponderação normativa de princípios. Logo, as restrições legais à publicidade devem privilegiar o interesse público à informação sobre a preservação do direito à intimidade do interessado.

A publicidade dos atos processuais é a regra no Brasil. Excepcionalmente a Constituição restringe a publicidade externa ou extraprocessual, ou seja, admite o sigilo extraprocessual, por uma razão: para preservar o direito à intimidade do interessado, quando isto não prejudicar o interesse público à informação. Pode-se afirmar ainda que a publicidade é geral e imediata, ou seja, qualquer pessoa tem acesso aos atos processuais e pode acompanhar a sua realização.

Buscou-se, com a regulamentação do novo Código, não apenas associar diretamente a publicidade como condição de eficácia da motivação, mas também realizar uma ponderação normativa de princípios. Logo, as restrições legais à publicidade devem privilegiar o interesse público à informação sobre a preservação do direito à intimidade do interessado.

Logo, *não existe processo sigiloso para as partes*. O sigilo só pode ser adotado em relação a terceiros.

Em outras palavras, é permitido o sigilo extraprocessual, mas não o endoprocessual: as partes têm o direito fundamental de acesso e conhecimento a todos os atos do processo, sem exceção. Conforme ressalva o §1º do art. 189 do CPC, o sigilo é *extraprocessual*, ou seja, apenas as partes e seus advogados têm acesso aos atos processuais, além de, excepcionalmente, terceiro juridicamente interessado (sobre parte de ato).

### 3. PUBLICIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO

Nos processos eletrônicos, há uma proteção *a priori* da intimidade das partes e de todos os outros eventuais participantes do processo (terceiros, testemunhas, peritos etc.).<sup>5</sup>

Nesse sentido, o art. 11, §6º, da Lei nº 11.419/2006 (Lei do Processo Eletrônico), estabelecia, na sua redação originária, que os documentos digitalizados anexados ao processo eletrônico estariam disponíveis apenas para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público (sem prejuízo das hipóteses legais de sigredo de justiça).<sup>6</sup>

Buscava-se, com isso, evitar a exposição ampla de dados pessoais (número no CPF, endereço, e-mail, número de telefone, íntegra do contrato ou do processo administrativo, conteúdo dos depoimentos das partes e das testemunhas, valor de honorários periciais etc.) na rede mundial de computadores.<sup>7</sup>

De outro lado, defende-se que os advogados devem ter livre acesso a todos os processos eletrônicos (ressalvados os casos de sigilo extraprocessual), com fundamento no art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), segundo o qual o advogado tem o direito de obter cópias e de examinar, mesmo sem procuração, os autos de qualquer processo (findos ou em andamento) que não esteja protegido pelo sigilo extraprocessual, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Para compatibilizar os dispositivos, em regra os Tribunais limitam o acesso ao processo eletrônico apenas aos sujeitos processuais (especialmente as partes, terceiros, advogados e Ministério Público) e, mediante requerimento, pode ser fornecida a chave de acesso ao processo para terceiros, caso não haja restrição imposta pelo sigilo extraprocessual.

Ressalta-se a existência de decisões contrárias, como, por exemplo, no Procedimento de Controle Administrativo nº **0000547-84.2011.2.00.0000**, do Conselho Nacional de Justiça, no qual se analisou o Provimento nº 89/2010, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e a Resolução nº 16/2009, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O CNJ concluiu que "aos advogados não vinculados ao processo, mas que já estejam credenciados no Tribunal para acessarem processos eletrônicos (art. 2º da Lei 11.419/06), deve ser permitida a livre e automática consulta a quaisquer autos eletrônicos, salvo os casos de processos em sigilo ou sigredo de justiça".

Ao dispor sobre a restrição de acesso, por parte dos sujeitos processuais, aos documentos digitalizados nos processos eletrônicos, o Enunciado nº 119 do FONAJEF pre-

vê: “Além dos casos de segredo de justiça e de sigilo judicial, os documentos digitalizados em processo eletrônico somente serão disponibilizados aos sujeitos processuais, vedado o acesso à consulta pública fora da secretaria do juizado”. O enunciado deve ser interpretado no sentido de que:

(a) a publicidade dos atos processuais não significa que qualquer pessoa cadastrada no sistema de processo eletrônico de cada tribunal possa ter acesso ilimitado e irrestrito a todos os processos eletrônicos existentes;

(b) em princípio, apenas os sujeitos processuais têm acesso livre e irrestrito aos atos praticados no processo eletrônico;

(c) e, mediante requerimento, qualquer terceiro pode ter acesso aos atos processuais, desde que não haja a decretação de segredo de justiça (sigilo extraprocessual), para o processo (vedação *total* de disponibilização a terceiros) ou para determinados atos processuais (vedação *parcial* de disponibilização a terceiros).

A fim de resolver essa questão controversa, a Lei nº 13.793/2019, que entrou em vigor no dia 4 de janeiro de 2019 (dia de sua publicação), acrescentou dispositivos ao Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) à Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/2006) e ao Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), para, de maneira uniforme, regular o acesso dos advogados aos processos eletrônicos, com fundamento na norma fundamental da publicidade dos atos processuais (art. 11 do CPC e art. 93, IX, da Constituição).

Em primeiro lugar, a Lei nº 13.793/2019 modificou o §6º do art. 11 da Lei nº 11.419/2006, para permitir expressamente o acesso de qualquer advogado aos atos do processo eletrônico (mesmo que não represente nenhum dos sujeitos processuais), ressalvado aqueles protegidos pelo segredo de justiça, que só podem ser consultados por advogado com procuração nos autos. De acordo com o dispositivo legal:

Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitem em segredo de justiça. (BRASIL, 2019).

Ainda, adicionou o §7º ao art. 11 da Lei nº 11.419/2006, para prever:

Os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

O dispositivo regula o cumprimento do §6º, ao determinar a viabilização do acesso aos atos processuais eletrônicos públicos pelos advogados (públicos ou privados) e integrantes do Ministério Público já cadastrados no sistema eletrônico do tribunal, independentemente de autorização prévia, mesmo que não atuem especificamente no processo que pretendem examinar.

Da mesma forma, a Lei nº 13.793/2019 acrescentou o §13 ao art. 7º da Lei nº 8.906/94, para esclarecer que “o disposto nos incisos XIII e XIV do caput deste artigo aplica-se integralmente a processos e a procedimentos eletrônicos, ressalvado o disposto nos §§10 e 11 deste artigo”. Isso significa que, em decorrência do princípio da publicidade, qualquer advogado tem o direito de examinar quaisquer autos de processo administrativo ou judicial (inclusive de prisão em flagrante, investigações e inquéritos policiais), encerrado ou em andamento, ainda que não tenha procuração, salvo nos casos de segredo de justiça (situação em que o seu acesso depende de procuração, em cumprimento à publicidade endoprocessual).

Por fim, a Lei nº 13.793/2019 adicionou o §5º ao art. 107 do Código de Processo Civil, para especificar que “o disposto no inciso I do caput deste artigo aplica-se integralmente a processos eletrônicos”. O art. 107, I, do CPC, de modo similar ao art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94, assegura o direito do advogado a examinar e extrair cópias, mesmo sem procuração, dos autos de qualquer processo, com exceção dos atos sob sigilo, que só podem ser consultados por advogado constituído por um dos sujeitos processuais. Portanto, a modificação legal sobre o CPC também busca deixar claro que a norma fundamental da publicidade extraprocessual incide sobre todos os processos, inclusive os eletrônicos. Apesar da ausência de menção expressa, a regra se aplica aos advogados públicos e privados, aos defensores públicos e aos integrantes do Ministério Público.

Assim, para quem não for representante da parte, terceiro, ou de qualquer forma não participar do processo, deve ter acesso *imediato* aos atos processuais públicos, inclusive no processo eletrônico, desde que não estejam protegidos pelo sigilo extraprocessual.

Assim, a Lei nº 13.793/2019 determina a observância do art. 93, IX, da Constituição e do art. 11 do CPC, ao deixar claro que, inclusive no processo eletrônico, a publicidade endo e extraprocessual deve ser observada como regra, ressalva apenas a limitação à publicidade endoprocessual com fundamento em uma das hipóteses legais de segredo de justiça (para um, alguns ou todos os atos processuais, ressalvado o julgamento, que é sempre público).

## 4. A LGPD NOS PROCESSOS JUDICIAIS

A despeito de a LGPD ter como seus principais destinatários as pessoas (naturais ou jurídicas) que exercem as atividades de tratamento de dados pessoais (de pessoas naturais) com fins econômicos ou comerciais, não se pode deixar de levar em conta que ela também se aplica às pessoas jurídicas de direito público e, conseqüentemente, produz conseqüências sobre os dados pessoais informados nos processos judiciais.

Na atual sociedade da informação, os dados pessoais são coletados de forma automática e concomitante à sua produção, por meio não apenas de dispositivos eletrônicos, mas também de objetos ligados à internet (internet das coisas). Portanto, todos os dados coletados pelos órgãos públicos estão sujeitos ao risco de captação e tratamento por terceiros, especialmente com a prestação dos serviços online.

A incidência da LGPD nos processos judiciais possui cinco fundamentos:

(a) o art. 3º, I, da LGPD, que positiva como regra o princípio da territorialidade, em virtude do qual a lei se aplica a qualquer tratamento de dados pessoais realizado no território

nacional (por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado);

(b) o art. 4º da LGPD, que contém as hipóteses de não incidência da lei, que compreendem em seu inciso III o tratamento de dados para os fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional e segurança do Estado (o que, em regra, não abrange litígios judiciais), além das atividades de investigação e repressão de infrações penais (desse modo, a LGPD afasta expressamente a sua observância nos inquéritos policiais e nos processos criminais, o que significa que incide nos processos judiciais cíveis, isto é, em todos os processos sobre matéria não penal);

(c) o art. 7º da LGPD, que lista as bases legais para o tratamento de dados pessoais (com ou sem o consentimento do titular), e prevê, no inciso VI, o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (logo, o tratamento de dados nos processos judiciais cíveis independe do consentimento do titular);

(d) o art. 11 da LGPD, que lista as bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis (com ou sem o consentimento do titular), e prevê, na alínea 'd' do inciso II, o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (assim, o tratamento de dados pessoais sensíveis nos processos judiciais cíveis também não depende do consentimento do titular);

(e) e, ainda que não existisse a previsão legal expressa, os atos processuais são, em regra, públicos (art. 93, IX, da Constituição, e arts. 11 e 189 do Código de Processo Civil), portanto, os dados pessoais fornecidos nos processos e referidos nas decisões judiciais e em outros atos processuais podem ser livremente capturados na internet e utilizados por terceiros, com fins econômicos ou não.

Por isso, é necessária a regulamentação específica do assunto pelo Judiciário, a fim de evitar a captura e o tratamento ilícito dos dados pessoais, o que pode gerar consequências e sanções decorrentes da publicização indevida de determinados dados.

Em consequência, desde a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, os tribunais brasileiros devem estar adaptados para a sua observância nos processos judiciais e em outras atividades (tais como a consulta processual, a publicação de decisões na movimentação processual e em Diário Eletrônico, e a pesquisa de jurisprudência), o que será analisado especificamente na sequência.

## **5. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E PUBLICIDADE PROCESSUAL**

Levando-se em conta que a LGPD contém normas que regem o tratamento dos dados pessoais e considerando a sua incidência sobre os processos judiciais, é imprescindível traçar os limites de sua aplicação em conjunto com o princípio da publicidade dos atos processuais.

Da mesma forma que a proteção da intimidade (um dos fundamentos da proteção de dados, prevista no art. 5º, X, da Constituição), a publicidade dos atos processuais tem fundamento constitucional.

Logo, a aplicação da LGPD aos processos judiciais e a mudança da forma de tratamento e divulgação dos dados nos atos processuais não decorre de uma revogação de determinados dispositivos de leis processuais. O assunto deve ser abordado a partir do postulado da ponderação de princípios, com a análise caso a caso da prevalência do direito à intimidade ou da publicidade dos atos processuais.

Como visto, o art. 5º, LX, da Constituição, impõe uma limitação expressa à restrição da publicidade, entre as quais está a defesa da intimidade.

Também se ressaltou que o §1º do art. 189 do CPC estabelece o sigilo extraprocessual, ou seja, apenas as partes e seus advogados têm acesso aos atos processuais, além de, excepcionalmente, terceiro juridicamente interessado.

Por isso, nos processos com segredo de justiça total há uma pseudoanonimização dos dados (isto é, uma anonimização reversível), considerando que no julgamento, na movimentação processual e nos atos processuais, as partes são identificadas apenas por suas iniciais, a fim de impedir a identificação dos titulares dos dados e, ao mesmo tempo, respeitar o princípio da publicidade processual.

Contudo, as regras legais de publicidade processual pouco mudaram desde o art. 5º do CPC de 1939, que estabelecia a publicidade dos atos processuais, “[...] salvo quando o contrário for exigido pelo decoro ou interesse social”. Voltando um pouco mais no tempo, o Regulamento nº 737, de 1850, não previa a publicidade como regra geral dos atos processuais, mas inseria entre as “fórmulas e termos essenciais” do processo a publicação da sentença (art. 673, §6º).

Do mesmo modo, o art. 155 do Código de Processo Civil de 1973 previa a publicidade como regra dos atos processuais e o sigilo como exceção, em situações de interesse público (genericamente) ou privado (processos sobre casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de crianças ou adolescentes).

Portanto, em uma sociedade da informação e digital, ainda são utilizadas regras elaboradas para ser aplicadas em processos de papel, com decisões redigidas com caneta ou máquina de escrever manual, e precisam de atualização (especialmente para a proteção dos dados pessoais fornecidos nos processos).

Via de regra, em qualquer processo que se determine o segredo de justiça, a exceção à publicidade processual pode ocorrer de duas formas:

(a) sigilo integral dos autos: a proteção do interesse público, do interesse social ou da intimidade impõe a vedação inclusive da divulgação da existência do processo, da identificação das partes e de quaisquer atos nele praticados. Isso ocorre, por exemplo, nas ações de divórcio, de alimentos e de declaração de paternidade;

(b) sigilo parcial dos autos, isto é, quando se afasta a publicidade externa apenas para um ou alguns determinados atos do processo. Por exemplo, se o juiz determina à parte autora a apresentação de sua declaração de imposto de renda mais recente (para verificar se tem – ou não – direito à justiça gratuita), apenas o arquivo que contém esses dados de-

verá ser anexado como sigiloso, para impedir o acesso imediato a ele de pessoas que não participam do processo.

A Lei Geral de Proteção de Dados vai além e, na sua incidência sobre os processos judiciais, cria uma terceira forma de segredo de justiça:

(c) sigilo parcial do ato processual, ou seja, ainda que um determinado ato seja público (por exemplo, a sessão de julgamento), ou que não exista a decretação de segredo de justiça total ou parcial, determinados dados pessoais das partes (como os dados pessoais sensíveis e outros que vierem a ser definidos em ato do CNJ ou do próprio tribunal) não podem ser divulgados.

Por exemplo, em um processo previdenciário de auxílio-doença, a versão pública da sentença (na movimentação processual, no site do tribunal ou em outro mecanismo de pesquisa) deve ocultar qualquer menção às doenças alegadas pela parte autora, referência ou eventual citação da perícia judicial (e suas conclusões), entre outros dados relacionados à saúde da parte.

Em outro exemplo, em um processo trabalhista que haja controvérsia sobre doença do trabalho ou sobre a ocorrência de assédio moral, pode haver a decretação total do sigilo processual, ou a ocultação dos atos que mencionem determinados dados pessoais (como os nomes das partes, das testemunhas, o local de trabalho e outros dados que possam identificar as pessoas envolvidas) ou, ainda, apenas a ocultação desses dados nos atos processuais públicos.

Da mesma forma, em um pedido de seguro-desemprego, a versão pública da sentença não deve identificar o último emprego da parte autora, a média de suas remunerações e outros dados pessoais.

Além da proteção dos dados pessoais na publicação das decisões judiciais (na movimentação processual no site do tribunal ou no Diário Eletrônico), também é preciso atualizar as regras de consulta processual (especialmente com a limitação ou proibição de pesquisa pelo nome da parte, regra prevista na Resolução nº 121/2010 do CNJ), de pesquisa de jurisprudência, de expedição de certidões negativas e em outras formas de busca de informações sobre processos judiciais.

Como não existem na LGPD e no CPC regras específicas sobre a definição de todos os dados pessoais que devem ser considerados sigilosos nos atos processuais, a sua definição deverá ocorrer na prática das decisões judiciais e na regulamentação da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados pelo Judiciário.

Destaca-se que *dados públicos não se confundem com dados de acesso público*. Os dados pessoais dos titulares – partes nos processos judiciais – não são públicos. Assim, ainda que extraia de um banco de dados público, a criação de um banco de dados privado exige o consentimento expresso dos titulares dos dados ou a indicação de outra das demais bases legais de tratamento.

Em regra, a base legal utilizada para o tratamento de dados nos processos judiciais é

o exercício regular de direitos (art. 7º, VI, da LGD, para os dados pessoais propriamente ditos, e art. 11, II, d', para os dados pessoais sensíveis). Por isso, as atividades de tratamento dos dados pessoais fornecidos nos processos judiciais devem observar esse fundamento e, conseqüentemente, a finalidade, adequação e necessidade dele derivadas.

Além disso, mesmo nas situações em que os dados pessoais são tornados manifestamente públicos pelo titular, a dispensa do consentimento não dispensa a indicação de uma base legal para o tratamento desses dados, e a LGPD exige de forma expressa a observância dos princípios de tratamento previstos no art. 6º e o respeito aos direitos do titular (art. 7º, §4º).

Por isso, é preciso, por exemplo, existir necessidade para a coleta dos dados pessoais referidos em decisões judiciais, ser indicada a finalidade do tratamento, adequar as operações à finalidade, entre outras ações decorrentes dos princípios de tratamento.

Logo, não é possível coletar livremente os dados pessoais referidos em decisões judiciais e em outros atos processuais públicos, o que compreende aqueles divulgados na consulta processual, na pesquisa de jurisprudência e em outros meios.

Entretanto, por se tratar de uma lei geral, a LGPD não especifica os reflexos de sua incidência sobre determinadas áreas ou setores, o que inclui os processos judiciais. Por sua vez, não há regulamentação específica do Judiciário sobre o assunto. O Conselho Nacional de Justiça limitou-se a expedir atos de adequação administrativa dos tribunais à LGPD (em especial, a Recomendação nº 73/2020 e a Resolução nº 363/2021), mas não sobre os reflexos da incidência da lei nos processos judiciais.

Por isso, é necessária a definição dos limites entre a publicidade processual e a proteção dos dados pessoais, a ser realizada preferencialmente por lei (por exemplo, na alteração da regulação da publicidade no Código de Processo Civil) ou por precedentes judiciais (especialmente nos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça ou no controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal).

## **6. PESQUISA DE ACÓRDÃOS E CONSULTA PROCESSUAL**

Do mesmo modo que na divulgação de atos na movimentação processual, a LGPD causará reflexos nos meios de consulta processual e de pesquisa de acórdãos nas páginas dos tribunais da internet.

Sobre o assunto, a Resolução nº 121/2010 do CNJ regulamenta a divulgação de dados processuais eletrônicos ao público na internet e lista como dados básicos de livre acesso do processo (art. 2º):

- (a) número, classe e assuntos do processo;
- (b) nome das partes e de seus advogados;
- (c) movimentação processual;
- (d) e inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

Em complemento, o art. 4º da Resolução nº 121/2010 lista os dados que devem ser disponibilizados na página de cada tribunal na internet para permitir a localização e a identificação dos processos judiciais:

(a) número atual e/ou anterior do processo (inclusive em outro juízo ou em outras instâncias);

(b) nomes das partes;

(c) número de cadastro das partes no cadastro de contribuintes do Ministério da Fazenda (CPF);

(d) nomes dos advogados;

(e) e número de registro do advogado na OAB.

Por isso, a busca por um processo judicial é possível apenas com o nome de qualquer pessoa, o que, associado aos dados pessoais mencionados nas decisões judiciais, pode levar a incidentes, como, por exemplo, em processos sobre benefícios previdenciários por incapacidade, a pedidos de fornecimento de medicamentos (com a menção a doença – estigmatizante ou não – e suas consequências), a valores recebidos, a conflitos particulares que não se enquadram no segredo de justiça, entre outras situações.

Quanto à pesquisa de acórdãos (a denominada “pesquisa de jurisprudência”), o art. 5º da Resolução nº 121/2010 prevê que “a disponibilização de consultas às bases de decisões judiciais impedirá, quando possível, a busca pelo nome das partes.”

Logo, não há sequer um dever de impedir ou dificultar o acesso aos acórdãos na aba de pesquisa de jurisprudência a partir do uso do nome da parte como único critério de pesquisa. O dispositivo regulamentador apenas recomenda, “quando possível”, a exclusão dos nomes das partes como critérios de busca.

A Resolução nº 121/2010 do CNJ precisa ser revisada para se adequar à LGPD e garantir a proteção de dados pessoais.

Nesse ponto, não se pode utilizar o princípio da publicidade como um direito de bisbitotar a vida alheia e de buscar dados pessoais a partir de buscas pelos nomes das partes. Conforme já afirmado, as regras elaboradas em uma época de processos físicos (em sua maioria) e de pouco uso de ferramentas tecnológicas precisam ser atualizadas, para levar em consideração a existência de uma sociedade de informação, de vigilância e on-line, e que o Judiciário trabalha com um grande volume de dados (*big data*), que precisam ser tratados de forma adequada.

Ressalva-se que na Justiça do Trabalho não é possível realizar a pesquisa dos processos pelo nome da parte autora (trabalhador) ou o número do seu CPF, mas apenas pelo número do processo, nome do advogado e número do registro na OAB (de acordo com o art. 4º, §1º, II, da Resolução nº 121/2010 do CNJ).

Contudo, isso não impede que atualmente, antes de contratar uma pessoa, o empregador realize uma busca por seu nome na internet, que, se existir qualquer decisão proferida

pelo TST ou por um TRT em ação trabalhista movida por ela, será encontrada em sites jurídicos específicos (o que será analisado na sequência).

## 7. PUBLICIDADE PROCESSUAL E DIVULGAÇÃO DE DADOS PESSOAIS POR TERCEIROS

Outro assunto pertinente às relações entre proteção de dados e publicidade processual diz respeito à coleta de decisões judiciais (e outros atos) publicados nas páginas dos tribunais e sua replicação em sites jurídicos especializados (ou até mesmo a sua estruturação para a prestação de serviços onerosos, como a unificação de pesquisa de julgamentos de diversos tribunais).

Essas questões devem ser analisadas no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito do Tema nº 1.141 da Repercussão Geral, com o seguinte tema controvertido: “Responsabilidade civil por disponibilização na internet de informações processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de segredo de justiça ou obrigação jurídica de remoção.”

A matéria foi afetada na sessão de julgamento virtual do Plenário encerrada no dia 07 de maio de 2021 e compreende a divulgação de dados de um processo trabalhista em páginas de pesquisa na internet (o que prejudicou a reinserção da parte autora no mercado de trabalho).

A questão controversa decorre da tese fixada no IRDR nº 16 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

É lícita a divulgação por provedor de aplicações de internet de conteúdos de processos judiciais, em andamento ou findos, que não tramitem em segredo de justiça, e nem exista obrigação jurídica de removê-los da rede mundial de computadores, bem como a atividade realizada por provedor de buscas que remeta aquele.

A controvérsia está na existência do direito de se republicar decisões judiciais em outras páginas da internet, de realizar outras atividades com os dados pessoais das partes (e de outras pessoas referidas nos julgamentos) e, de outro lado, no direito destas de pleitear a remoção do conteúdo e de responsabilizar os divulgadores por eventuais danos.

O caso decidido envolveu a divulgação em sites na internet de uma ação trabalhista movida pela parte autora contra seu ex-empregador, o que impediu a sua reinserção no mercado de trabalho, porque as buscas por seu nome em mecanismos de pesquisa (especialmente o do Google) mostravam a existência desse processo em outros sites.

Essa pesquisa pelo nome da parte não pode ser realizada na página dos tribunais trabalhistas (considerando a limitação existente no art. 4º, II, da Resolução nº 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça), mas a publicação de decisões no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho leva à sua coleta automatizada e à republicação em outras páginas da internet, o que permite a localização e a identificação de ações trabalhistas a partir de pesquisas pelo nome da parte, em violação à citada resolução do CNJ.

Não se trata propriamente do direito ao esquecimento (decidido no Tema nº 786 da Repercussão Geral do STF), mas sim de limitar a coleta e outras atividades de tratamento

de dados pessoais publicados em decisões judiciais, e da responsabilização civil de quem realizar operações de tratamento com esses dados que puderem causar danos aos seus titulares.

Algumas questões precisam ser respondidas: é possível manter a consulta processual pelos nomes das partes ou esses (e outros) dados pessoais precisam ser protegidos na versão pública dos atos processuais? O fornecimento de dados pessoais nos processos judiciais, que observam a base legal de exercício regular de direitos (arts. 7º, VI, e 11, II, 'd', da LGPD), podem ser livremente coletados e tratados para outros fins? É possível prestar serviços e oferecer produtos onerosos baseados no tratamento de dados pessoais coletados de processos judiciais? Quais os limites impostos pelo art. 7º, §4º, da LGPD, ao dispensar o consentimento para o tratamento de dados tornados manifestamente públicos pelo titular, mas impor a observância dos direitos do titular e dos princípios legais de proteção de dados?

Ao apreciar a responsabilidade civil de terceiros pela divulgação de dados pessoais coletados de atos públicos praticados em processos judiciais, o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de atualizar a interpretação do princípio da publicidade processual diante do respeito à privacidade e da proteção dos dados pessoais.

Em um mundo hiperconectado e digital, e considerando as normas da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), não se pode manter a mesma interpretação à publicidade processual delimitada por normas legais elaboradas antes mesmo da produção de máquinas de escrever no Brasil (o que teve início apenas em 1941, ano posterior à entrada em vigor do CPC/39).

## 8. CONCLUSÃO

O princípio da publicidade (ao lado do princípio da fundamentação) permite o controle público do processo, realizado por qualquer pessoa (interessada ou não na sua resolução), em decorrência da publicidade geral de todos os atos processuais (em regra) e da divulgação pública dos processos que cada juiz e relator possui concluso para sentença.

Entre os reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados, a sua aplicação sobre o Judiciário deve compreender a análise das mudanças causadas sobre a forma de regulação infraconstitucional do princípio da publicidade processual, especialmente sobre a consulta processual, a publicação das decisões judiciais (e outros atos) e a pesquisa de jurisprudência nas páginas dos tribunais na internet.

A delimitação da compatibilidade (ou não) da publicidade processual com a proteção dos dados pessoais (e os limites da incidência de cada um) depende de regulação normativa, por lei (pela alteração das regras da publicidade no CPC) ou por precedentes judiciais (em recursos repetitivos do STJ ou no controle de constitucionalidade do STF, a fim de conferir eficácia territorial).

Por essa razão, em maio de 2021 o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no Tema nº 1.141, acerca da responsabilidade civil por disponibilização na internet de informações processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de segredo de justiça ou obrigação jurídica de remoção.

Ao apreciar a responsabilidade civil de terceiros pela divulgação de dados pessoais coletados de atos públicos praticados em processos judiciais, o STF terá a oportunidade de atualizar a interpretação do princípio da publicidade processual diante do respeito à privacidade e da proteção dos dados pessoais.

## 9. NOTAS

1. Igualmente destacando a nulidade dos atos que não observarem a publicidade e destacando sua noção de direito à informação: ABDO, 2008.
2. Nesse sentido: FINGER, 2006, p. 78.
3. Comentando esses dois aspectos: “Quer isto dizer que a publicidade do julgamento é uma garantia oferecida imediatamente às partes e imediatamente a toda a sociedade. A publicização dos atos estatais é da essência do Estado Democrático de Direito, haja vista que propicia a todo cidadão a fiscalização do exercício do poder que decorre, segundo a Constituição, do próprio povo” (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 60). Adotando classificação similar, mas com as expressões “restrita” e “irrestrita” para qualificar a publicidade: ALBERTON, 2000, p. 49.
4. Nesse sentido: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 663. A distinção entre publicidade mediata e imediata pode ser encontrada em: CARNELUTTI, 1955, p. 4.
5. Sobre o assunto abordado neste tópico: CARDOSO, 2013, p. 60-66.
6. Conforme o texto original: “Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. [...] §6o Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça”.
7. Nesse sentido: “12. Sigilo e processo eletrônico. Por certo, o sigilo é tão relevante no processo eletrônico quanto no convencional. Sendo assim, também deverão ser adotadas tecnologias que permitam o acesso ao conteúdo do processo eletrônico apenas ao advogado constituído (p.ex., mediante senha), justamente em razão da ampla publicidade conferida pela internet, que, mesmo em situações supostamente protegidas, extravasa seus conteúdos a quem não convém (p. ex., *hackers*). [...]” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 220).

## REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. A publicidade do processo e a atuação da mídia na divulgação de atos processuais. **Revista Forense**, n. 398, Rio de Janeiro, p. 133-154, jul./ago. 2008.

ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. **Publicidade dos atos processuais e direito à informação**. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.793, de 3 de janeiro de 2019.** Altera as Leis n. 8.906, de 4 de julho de 1994, 11.419, de 19 de dezembro de 2006, e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para assegurar a advogados o exame e a obtenção de cópias de atos e documentos de processos e de procedimentos eletrônicos. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1.307.386/RS.** Relator: Min. Luiz Fux, 6 de maio de 2021. Brasília: STF, 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, Oscar Valente Cardoso. O direito fundamental à publicidade dos atos processuais. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 119, São Paulo, p. 60-66, fev. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *La pubblicità del processo penale.* **Rivista di Diritto Processuale**, n. X, Padova, pp. 1-11, 1955.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 121, de 05 de outubro de 2010.** Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 187, p. 4-6, 11 out. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FINGER, Julio Cesar. **Constituição e publicidade:** sobre os limites e possibilidades do controle jurisdicional da publicidade pessoal da administração. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

JUNOY, Joan Picó i. **Las garantías constitucionales del proceso.** 2. ed. Barcelona: Bosch, 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições fundamentais no processo civil:** o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

Recebido em: 27/05/2021

Aceito em: 21/07/2021

# A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

## *The discursive theory of Law by Jürgen Habermas*

**Carlos Rogério Guedes Pires**

Procurador Municipal de Porto Alegre (RS, Brasil). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais UFSM. Especialização em Direito Municipal ESDM/FMP. Mestre em Sociologia UFRGS.

### Resumo

O presente artigo é um esforço de exposição da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, compreendida como um empreendimento teórico de fundamentação do estado democrático de direito e da ideia de co-originariedade e implicação necessária entre direito e democracia. Ao investigar a tese weberiana da legitimação racional-legal com o objeto de compreender / desvelar a legitimidade que decorre da legalidade, Habermas, utilizando-se dos meios da tereia da ação comunicativa, reconstrói por meio do princípio do discurso e da forma do direito, os fundamentos dos sistemas dos direitos e dos princípios do estado democrático de direito, para concluir que em sociedades complexas e plurais, o processo democrático de formação da opinião e da vontade sustenta toda a carga de legitimação do direito.

**Palavras-chave:** Habermas. Ação comunicativa. Direito, democracia e estado democrático de direito.

### Abstract

The present paper is an effort to expose the discursive theory of Law by Jürgen Habermas, understood as a theoretic undertaking of ground democratic constitutional state and the thesis of co-originality and necessary implication between Law and democracy. When investigating the Weberian thesis of rational-legal legitimation with the object of understanding / unveiling the legitimacy that stems from legality, Habermas, using the means of the theory of communicative action, reconstructs through the principle of discourse and the form of law, the foundations of the systems of rights and the principles of the democratic constitutional state, to conclude that in complex and plural societies, the democratic process of opinion and will formation sustains the entire burden of legitimizing Law.

**Keywords:** Habermas. Communicative action. Law, democracy and democratic state.

### Sumário

1. Introdução; 2. Ação e racionalidade comunicativa; 3. Direito e Democracia; 4. A transformação de poder comunicativo em poder administrativo; 5. Circulação do poder: do poder comunicativo ao poder administrativo; 6. Notas; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é apresentar a teoria do direito do filósofo e intelectual público alemão Jürgen Habermas, em especial o trabalho *Direito e Democracia*, publicado em 1992. Pese o tempo transcorrido desde a sua publicação, uma aproximação da obra no presente contexto parece adequada.

A ideia de que o estado de direito necessita do qualificativo de democrático é relativamente recente. Apenas após a segunda guerra mundial e a conscientização sobre os horrores do nazismo e do stalinismo parece ter se formado no ocidente europeu e nos Estados Unidos, sob a liderança deste último, um certo consenso em torno do regime democrático. A teoria do direito mais influente do período era o positivismo jurídico (KELSEN), que não se propõe problema da formação do direito e para o qual, em princípio, o direito poderia caracterizar-se como tal, independentemente do processo de sua criação.

A retomada de um texto que no próximo ano (2022) completa 30 anos se justificaria simplesmente em razão da sua importância e da repercussão crítica que gerou. Mas para além disso, no presente contexto, quando ascendem discursos que se opõem à democracia, tanto no âmbito nacional como internacional, supondo a viabilidade de um estado de direito sem democracia, parece importante voltar a um autor para quem levar os direitos a sério implica, **necessariamente**, levar a sério a democracia.

Nesse sentido, o presente trabalho compreende o trabalho de 1992, como a fundamentação, a partir da teoria social desenvolvida na Teoria da Ação Comunicativa, da imbricação conceitual e dependência recíproca entre direito e democracia: a tese da co-originariedade entre a forma jurídica e o processo democrático de criação do direito.

Tal empreendimento alimenta-se da ideia de que compreender os fundamentos do estado democrático de direito permite explicitar, ao mesmo tempo, as limitações dos discursos que pretendem que o estado de direito possa prescindir da democracia.

O direito sempre jogou um papel destacado na teoria social de Jürgen Habermas. Desde sua investigação sobre a esfera pública burguesa no início dos anos sessenta do século passado até sua obra magna de 1981, *A Teoria da Ação Comunicativa* (daqui em diante TAC, iniciais da versão espanhola). Apenas no final dos anos oitenta e início dos noventa, no entanto, Habermas dedica dois trabalhos sistemáticos ao direito. As *Tanner Lectures on Human Values* de 1986, intitulada *Direito e Moral* e o trabalho de 1992, *Direito e Democracia* (daqui em diante BFN, iniciais da versão em inglês). Como Habermas refere na apresentação das *Tanner Lectures*, sua intenção ao investigar o direito, embora de caráter normativo, não pretende desenvolver uma teoria do direito, mas uma teoria social. Em *Direito e Democracia* Habermas ainda persegue uma teoria da sociedade e o papel do direito na integração de sociedades que se tornaram altamente complexas e atravessadas pelo pluralismo de visões de mundo e modos de vida. Porém, nesse trabalho o autor se enfrenta com questões que se referem diretamente à teoria do direito, propriamente, em especial ao papel da jurisdição, que representa o ponto de convergência da abordagem contemporânea sobre o direito (onde se destacam os trabalhos de Dworkin e Alexy).

Se a Teoria da Ação Comunicativa pode ser lida como uma tentativa de responder ao problema hobbesiano da ordem (PARSONS, 1949, p. 89 e ss.), vale dizer, como é possível que uma sociedade de indivíduos orientados para o próprio êxito possa vir a se reproduzir e estabilizar, *Direito e Democracia* representa o desdobramento jurídico, político e institucional desse projeto (REHG, 1996; NOBRE; REPA, 2012, p. 39-40), onde o direito aparece como o *medium* através do qual formas de comunicação improváveis se institucionalizam para estabilizar expectativas de comportamento de modo legítimo (BFN, p. 17). Como sublinha Parsons, “uma ordem social é sempre uma ordem factual na medida em que é suscetível de análise científica, mas é um tipo de ordem que não pode estabilizar-se sem o efetivo funcionamento de certos elementos normativos”<sup>1</sup> (PARSONS, 1949, p. 92). Nesse sentido, a investigação levada a cabo em *Direito e Democracia* diz respeito às bases normativas da legitimidade que surge da legalidade. A questão é levantada a partir de uma discussão com Max Weber e constitui o tema central das *Tanner Lectures* de 1986.

Pretendo, assim, apresentar o que penso serem os pontos centrais da obra de 1992 para a explicação das bases normativas do direito e que suportam a explicação habermasiana da legitimidade, centrado, em especial nos capítulos III e IV de *Direito e Democracia* e que tratam, respectivamente, do *sistema dos direitos e dos princípios do estado democrático de direito*. Antes, porém, e na medida em que *Direito e Democracia* pode ser compreendido como o desdobramento institucional da TAC, convém assentar os *parti pris* conceituais que informam a obra. Assim, primeiro, apresento os conceitos de ação e racionalidade comunicativas e seu conceito complementar de mundo da vida; em seguida pretendo apresentar a reconstrução do sistema de direitos e dos princípios do estado de direito. Por fim, as consequências que Habermas retira para uma compreensão procedimental do direito e das possibilidades emancipatórias em sociedades complexas e pluralistas.

## 2. AÇÃO E RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Em *Direito e Democracia* Habermas parte do aparato conceitual construído na Teoria da Ação Comunicativa para explicar o surgimento do direito moderno e sua institucionalização nas formas do estado constitucional. Trata-se de reconstruir a racionalidade imanente à integração social a partir do núcleo que representa a interação entre duas pessoas que visam entender-se sobre algo com base em razões. Essa reconstrução é levada a cabo através de uma reconstrução da história da teoria social (REPA, 2012), com a qual Habermas procura comprovar a intuição que funda sua teoria da comunicação. Segundo McCarthy (1994),

*the basic moral intuitions the theorist reconstructs are, as Aristotle noted, acquired in the process of socialization; but, Habermas argues, they include an “abstract core” that is not culture- but species-specific. Members of our species become individuals in and through being socialized in networks of reciprocal social relations, so that personal identity is from that start interwoven with relations of mutual recognition.*

A reconstrução da história da teoria social visa a comprovação por via indireta dos *insights* obtidos através da teoria da linguagem e se desenvolvem ao longo de toda a obra de 1981 em extensas discussões críticas com Weber, Durkheim, Mead, passando pela tradição do marxismo ocidental da Teoria Crítica de Horkheimer e Adorno, até Parsons. Não discutirei

este ponto, mas é importante apontar seu papel na reconstrução da teoria social de Habermas como um todo. Para as finalidades do presente trabalho, todavia, basta a apresentação sumária dos conceitos de ação e racionalidade adquiridos através da virada linguística. Suportam o esforço reconstrutivo, principalmente, os achados da filosofia da linguagem, a chamada virada linguística, especialmente na tradição de Austin e Searle. Desenvolvendo a partir da teoria dos atos de fala de Austin, Habermas elabora o conceito de ação comunicativa. A ideia central colhida de Austin, de que os atos de fala não servem apenas a propósitos cognitivos (comunicar uma informação), mas também envolvem a oferta de um vínculo eficaz na coordenação da ação de, ao menos, dois atores, se reconstrói a intuição, em alguma medida efetiva na prática comunicativa cotidiana, de que é possível a ação orientada para o entendimento recíproco. Segundo a teoria dos atos de fala de Austin, os atos de fala regulativos (o exemplo paradigmático é aquele de fazer uma promessa) são compostos por dois elementos, um conteúdo proposicional, no sentido semântico (uma descrição de um estado de coisas), e uma força ilocucionária,<sup>2</sup> uma oferta do falante ao ouvinte para vincular-se a ela com um sim ou um não. Por exemplo: se A promete a B visitá-lo no dia seguinte, o dia e hora, o local do evento e o próprio conceito de visita representam o conteúdo semântico da proposta, elementos passíveis de constatação conforme o estado de conhecimento dos envolvidos; a promessa, propriamente, representa essa oferta de estabelecimento de um vínculo entre A e B que irá orientar ambos em seus comportamentos subsequentes. Habermas, seguindo John Searle, generaliza a proposição de Austin para sustentar que todo ato de fala, e não apenas os regulativos (eu prometo, declaro, etc.), contém uma força ilocucionária, criadora de vínculo entre falante e ouvinte e, portanto, capaz de coordenar ações com base no entendimento (EDGAR, 2006, p. 72).

Ao buscar entender-se com alguém sobre algo no mundo, os atores se engajam em um processo de negociação de sentido a fim de estabelecer uma definição comum da situação da ação e empreender ações coordenadas (TAC I, p. 145). Esse processo, no entanto, somente pode ser conduzido à base de um conjunto de idealizações que raramente se confirmam na prática. Assumem que atribuem significados idênticos às suas emissões, a sinceridade dos participantes na interação, a orientação por pretensões de validade criticáveis e condições de discussão que preservam a liberdade e a igualdade. Nas palavras de Habermas (2000, p.140), “ninguém pode entrar seriamente em uma argumentação se não pressupõe uma situação conversacional que garanta em princípio a publicidade do acesso, a participação com igualdade de direitos, a veracidade dos participantes, a ausência de coação na hora de tomar postura, etc.” Idealizações que podem se vir frustradas no transcurso da interação e estão sempre sujeitas ao **sim** ou **não** do (s) ouvinte (s). A rejeição de um proferimento, por sua vez, pode conduzir o falante a esclarecer o conteúdo de sua emissão, apresentar evidência para os estados de coisa explicitados ou supostos, apresentar justificativas em relação ao seu direito de proferir aquela emissão, etc. Assim, a realização de um ato de fala, e, já aqui, uma ação comunicativa, envolve, com sua oferta de vínculo, uma garantia antecipada de que, apresentando-se o caso, o falante pode aduzir razões adicionais em favor de suas emissões, o que torna possíveis, ao mesmo tempo, acordos racionalmente motivados e processos de aprendizagem. A partir dos conceitos de ação social correntes em sociologia, Habermas propõe (TAC I, p. 143-6), então, um conceito de ação comunicativa

que permite compreender como falantes competentes de uma língua entendem-se sobre algo no mundo com base em razões. Os atores referem seus proferimentos a um marco de referência formado por três conceitos formais de mundo: um **mundo objetivo** formado pelo conjunto de entidades passíveis de enunciados verdadeiros, um **mundo social** como conjunto das relações interpessoais legitimamente reguladas e um **mundo subjetivo** como conjunto das vivências do falante, as quais ele tem um acesso privilegiado (TAC I, p. 121-2). A ação comunicativa reconstrói a forma como os falantes estabelecem as relações entre seus enunciados e esse marco de referência através de pretensões de verdade, de correção normativa e de sinceridade a respeito das próprias vivências e sentimentos (TAC I, p. 79). O dissenso ocorrido no âmbito das interações cotidianas pode ser “resgatado” através de discursos. Nesse plano, que não é o plano da ação, os atores buscam justificar, em atitude hipotética (colocando em suspenso a validade das pretensões controvertidas), uma definição comum da situação que se tornou problemática no âmbito da ação. Justamente a orientação da ação por pretensões de validade inscrita na própria estrutura da linguagem e o sistema de referência dos três mundos é que permite, no âmbito do discurso, o desenvolvimento de um saber especializado em questões de verdade (ciência), justiça (direito e moral) e gosto (arte e a crítica da arte) (TAC I, p. 36-8).

Esse conceito de ação comunicativa Habermas opõe ao conceito de ação estratégica,<sup>3</sup> onde os atores tomam uns aos outros como meios p anente ao uso da linguagem e, assim, conceber processos de integração social que podem ser conduzidos racionalmente pelos envolvidos, onde a única coerção admitida é a coerção fraca representada pelo melhor argumento:

Los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento (con lo cual queda neutralizado todo otro motivo que no sea el de la búsqueda cooperativa de la verdad). Bajo este aspecto la argumentación puede entenderse como una *continuación con otros medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento* (TAC I, p. 46).

Claro está que uma integração que dependa a cada instante dos esforços de entendimento dos próprios atores assenta em bases frágeis, sempre sujeitas ao risco de dissenso. A estabilidade de processos de entendimento somente se efetiva porque a ação comunicativa transcorre sob um pano de fundo de certezas autoevidentes. A esse pano de fundo Habermas designa como “mundo da vida”, na esteira da fenomenologia filosófica de Husserl e da sociologia do conhecimento de Schutz. Ao contrário desses autores, no entanto, busca especificar suas diferenciações com o fito de evitar o viés culturalista da fenomenologia filosófica. Assim, as diferenciações estruturais do mundo da vida reproduzem estoques de saber que alimentam as interações cotidianas nos seguintes níveis: cultura (acervo de saber, nos quais os participantes na comunicação se abastecem de interpretações para se entender sobre algo no mundo), sociedade (as ordenações legítimas através das quais os participantes na interação regulam seus pertencimentos e asseguram a solidariedade) e personalidade (as competências que convertem um sujeito em alguém capaz de linguagem e ação capacitando-o para tomar parte em processos de entendimento e para afirmar sua própria identidade) (TAC II, p. 169-214). Segundo Habermas, a reprodução desse acervo

depende de modo crescente, em face da perda das garantias sagradas das ordens sociais, de processos de entendimento com meios discursivos, através da reprodução cultural, da integração social e da socialização (TAC II, p. 200-1). Esses processos se referem todos a reprodução simbólica do mundo da vida, ou seja, a reserva de sentido de atores socializados comunicativamente. A sociedade, por outro lado, deve também dar conta de sua reprodução material. Com a evolução social esses processos se racionalizam, no sentido de perderem suas garantias sagradas e metafísicas, e a integração social cobra, cada vez mais, os esforços comunicativos de atores orientados pelo entendimento (REPA, 2012, p. 63). Com isso eleva-se também o risco de dissenso e, portanto, a geração de crises (TAC II, p. 203, fig. 22). As quais só podem ser superadas pela imunização contra a crítica ou através de processos de argumentação que sobrecarregam os atores. É nesse sentido que os mecanismos de reprodução material que recorrem a meios não simbólicos de coordenação da ação são reconhecidos como ganhos evolutivos (TAC II, p. 480) que descarregam os atores do ônus de entender-se com base na ação comunicativa, ou seja, pelo entendimento sobre a base de pretensões de validade criticáveis. Com o conceito parsoniano de meios de direção (*steering media*) Habermas explica a formação de sistemas de ação que discorrem independentemente da ação orientada ao entendimento e permitem aos atores, nesses âmbitos, orientarem-se exclusivamente para o próprio êxito, vale dizer, estrategicamente (TAC II, p. 217). O exemplo paradigmático é o dinheiro. A famosa imagem da “mão invisível” de Adam Smith. O papel do dinheiro na facilitação de processos de reprodução material é apresentado de forma cômica no filme de curta-metragem *Ilha das Flores*, de Jorge Furtado, ao ilustrar as dificuldades de um sistema de escambo quando visa a troca de baleias por galinhas. O dinheiro resolve, justamente, esse problema das trocas entre grandezas não equivalentes e a dificuldade ou custo de tratar esse problema discursivamente a cada vez que a situação se apresenta.

Para Habermas, o mercado e o aparato burocrático estatal representam os dois sistemas que, na modernidade, se especializam nas funções de troca e de tomada de decisões vinculantes, respectivamente, que transcorrem de forma independente do entendimento (TAC II, p. 377 e ss.): o dinheiro, no caso do mercado, e o poder institucionalizado no sistema de cargos da administração estatal (BAXTER, 2011). Ambos, todavia, para institucionalizar-se devem estar ancorados no mundo da vida dos atores através do direito privado e do direito público (TAC II, p. 387). Para Habermas, embora representem, ambos, ganhos evolutivos na resolução de problemas de integração social, seu desenvolvimento autonomizado e orientado para sua própria reprodução pode vir a interferir, e essa é a tese de Habermas, na reprodução simbólica de esferas sociais que só podem se integrar através de mecanismos de entendimento, gerando, assim, sintomas patológicos de perda de sentido, perda de liberdade e psicopatologias (TAC II, p. 432). Na TAC o direito aparece como o meio através do qual os imperativos de reprodução dos sistemas mercado e administração estatal invadem esferas da vida cotidiana, “colonizando-a” (TAC II, p. 502 e ss.). Habermas designa esses processos de processos de juridificação, quando o direito se desenvolve expandindo sua forma de regulação para novas esferas sociais e densificando a regulação de esferas já reguladas. São justamente as formas de regulação do estado de bem-estar (monetarização e burocratização) que Habermas identifica como ambíguas. Ao mesmo tempo em que visam

o atendimento de necessidades sociais, em especial a correção de disfunções da economia capitalista, sua forma de intervenção sobre a vida cotidiana dos indivíduos produz processos de sujeição normalizadora, no sentido de Foucault.

Em resumo, podemos compreender a racionalidade comunicativa como a forma de integração social que transcorre a partir da interação de atores que se orientam por pretensões de validade criticáveis a fim de estabelecer acordos sobre a sua situação comum e coordenação da ação subsequente. Essa racionalidade é formadora de consensos que institucionalizam processos de reprodução cultural formando um acervo de saber compartilhado, processos de reprodução social formador de ordenações legitimamente reguladas e processos de socialização que capacitam as novas gerações para a atuação competente. Esses mesmos processos formam mecanismos de reprodução material que transcorrem em grande medida independentemente da intenção dos atores e se reproduzem a partir da ação estratégica. Como refere Peters (1996), as distinções entre sistema e mundo da vida e as formas correlatas de ação, estratégica e comunicativa, devem ser pensadas mais como tipos ideais, no sentido de Max Weber, uma vez que nos processos reais podem apresentar-se cruzamentos e sobreposições. O diagnóstico de época de Habermas na TAC, em todo o caso, presume que essas distinções tem uma força descritiva, uma vez que identifica como problema a “colonização do mundo da vida” por imperativos sistêmicos e propõe como solução o levantamento de barreiras e a delimitação das fronteiras (TAC II, p. 558-62). Ao concluir o trabalho de 1981, Habermas anuncia que a viabilidade do programa de pesquisa delineado deve ser testada em face das ciências empíricas que tomem a reconstrução das competências linguísticas de atores orientados ao entendimento como input para reconstruções de objetos específicos como, por exemplo, “a evolução de sistemas jurídicos”. Também por essa razão se justifica tomar a pesquisa desenvolvida em *Direito e Democracia* como o emprego da TAC ao fenômeno jurídico e, também, a apresentação, em traços muito amplos, dos principais elementos da TAC que são preliminares à abordagem do trabalho de 1992.

### 3. DIREITO E DEMOCRACIA

É interessante iniciar pelo título. O título alemão da obra de Habermas dedicada ao estudo do fenômeno jurídico é *faktizität und Geltung*, mantido na versão castelhana (*Facticidad y Validez*) e, com um sentido já interpretativo, na versão para o inglês (*Between Facts and Norms*). Para Habermas, o direito partilha com a linguagem de uma tensão imanente entre a facticidade social (que não se confunde com o plano dos fatos como induz a tradução estadunidense) e a idealidade das pretensões de validade que são sempre preferidas aqui e agora, mas pretendem validade (verdade, correção e sinceridade) transcendente ao espaço social e ao tempo histórico, uma tensão entre contexto e idealidade (COELHO, 2014). De outro lado, à questão “como é possível a legitimidade a partir da legalidade?” (HABERMAS, 1997 e 2001), Habermas responde com a imbricação conceitualmente necessária entre direito e democracia, o que, de certa forma, justifica o título da tradução ao português. O subtítulo da publicação alemã, “*Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*”, numa tradução livre, indica que a obra se trata de uma contribuição para uma teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito, no que remete à reconstrução em termos de teoria do discurso dos direitos e dos princípios do estado de direito desen-

volvida nos capítulos III e IV. Nessa relação entre os direitos e o processo democrático de sua criação se expressa o aspecto central da tensão interna entre faticidade e validade, a concorrência entre direitos humanos e soberania popular, de um lado, e entre exercício do poder político estatal e sua autorização democrática, por outro. A teoria discursiva do direito pretende, exatamente, mostrar como essa concorrência é absorvida e operacionalizada no direito moderno estabilizando processos de integração social premidos pelo risco de dissenso em sociedades marcadas pela crescente complexidade social e pluralização de visões de mundo e modos de vida.

*Hence, the concept of modern law, which both intensifies and behaviorally operationalizes the tension between facticity and validity, already harbors the democratic idea developed by Rousseau and Kant: the claim to legitimacy on the part of a legal order built on rights can be redeemed only through the socially integrative force of the "concurring and united will of all" free and equal citizens (BFN, p. 33).*

Habermas parte da constatação da existência de duas perspectivas contrastantes sobre o direito moderno, a perspectiva da teoria de sistemas, que vê no direito um subsistema entre outros que se reproduz autonomamente a partir de sua própria lógica (código) interna, estabilizando-se em face de outros subsistemas que lhe servem de contexto; e a perspectiva da teoria da justiça, que pretende fundar princípios de justiça através de uma argumentação diretamente normativa. Para Habermas as duas perspectivas padecem de uma leitura seletiva do direito, a primeira pela cegueira normativa, a segunda pela perda de contato com a realidade complexa das sociedades contemporâneas (BFN, p. 66). Sua meta, então, é conciliar a autoimagem do direito moderno com os processos empíricos de circulação do poder em sociedades complexas e pluralistas a partir de sua teoria do discurso. O diagnóstico resultante sustenta a degeneração dos paradigmas liberal e do estado social, que informam os atores do sistema jurídico e também os cidadãos, em leituras incapazes de reconhecer o papel do processo democrático na legitimação do estado constitucional e democrático de direito (BFN, p. 407-8). A superação dessa crise estaria dada pelo paradigma procedimental, já em curso, e capaz de articular a institucionalização de processos discursivos de formação do direito legítimo e, portanto, a capacidade da sociedade de atuar sobre si mesma (BFN, p. 409).

Assim como na TAC, Habermas pretende uma reconstrução racional, essa vez da autocompreensão do direito moderno, aproveitando-se dos ganhos teóricos com a reconstrução da ação comunicativa. Segundo o autor, reconstrução racional é um modo de proceder teórico que tem por "objetivo dar conta do saber pré-teórico e do domínio intuitivo de sistemas de regras que estão na base da geração e avaliação de proferimentos e operações simbólicos" (HABERMAS, 2003, p. 48). Proceder que alimenta a pretensão de que, "na medida em que as reconstruções racionais explicitam as condições de validade de proferimentos, elas também podem explicar casos desviantes e assim adquirir também, com essa autoridade indiretamente legisladora, uma função crítica" (HABERMAS, 2003, p. 48). Nesse sentido, a reconstrução como mecanismo de produção de saber válido e, portanto, capaz de desempenhar uma "função crítica", parte da compreensão que os próprios atores têm de suas práticas e as avalia desde a perspectiva interna de um participante. Com isso, "os intérpretes perdem, é verdade, o privilégio do observador não participante ou da terceira

pessoa, mas *pela mesma razão*, dispõem dos meios para manter de pé, desde dentro, uma posição de imparcialidade negociada” (HABERMAS, 2003, p. 46). A capacidade explicativa da reconstrução é “testada” na confrontação com as práticas das quais procura justificar os pressupostos racionais. De modo que, “*Discourse theory explains the legitimacy of law by means of procedures and communicative presuppositions that, once they are legally institutionalized, ground the supposition that the processes of making and applying law lead to rational outcomes*”. (BFN, p. 414)

No capítulo III de *Direito e Democracia* Habermas desenvolve sua reconstrução do sistema dos direitos em diálogo com as duas tradições que representam a doutrina do direito privado alemão e as teorias do contrato social. Segundo suas conclusões, ambas falham em compreender a relação entre direitos e democracia ou, em sentido mais técnico, entre a autonomia privada dos indivíduos e a autonomia pública dos cidadãos (BFN, p. 84-94). As doutrinas do direito privado alemão centradas no conceito de direitos subjetivos, seja na versão idealista de Savigny, que os fundava na inviolabilidade pessoal e, portanto, com uma legitimidade prévia ao processo de legislação, seja na versão positivista derivada de Kelsen que os reduzia a mera atribuição do direito objetivo (lei estatal) o qual era tomado como pura dominação legal, perdem de vista a conexão entre a autonomia privada garantida pelos direitos e a autonomia pública através da qual os cidadãos podem se compreender como autores do direito (HABERMAS, 1997, p. 116-22). As teorias do contrato social, por sua vez, nas versões de Kant e Rousseau intuem a relação de implicação recíproca entre direitos humanos e soberania popular, mas a articulam de modo parcial. Em Kant os direitos derivam diretamente da moral através do imperativo categórico submetendo o legislador político as suas prescrições, enquanto em Rousseau é a vontade geral, ancorada no “povo” concebido como um macrossujeito capaz de compreensão e ação, e confiada na forma semântica de normas gerais e abstratas, que se sobrepõe aos direitos humanos. As duas leituras do direito, segundo Habermas, perdem de vista as implicações recíprocas, conceituais, entre direito e democracia.

O objeto do Capítulo III de *Direito e Democracia*, portanto, é a superação, através da teoria do discurso, da concorrência entre direitos humanos e soberania popular que remonta às tradições de Locke e Aristóteles, respectivamente, e que se expressam contemporaneamente no debate anglo-saxão entre liberais e comunitaristas. Segundo uma versão estilizada dessa disputa, liberais, como Locke, assentam a legitimidade do direito no reconhecimento de direitos naturais preexistentes que devem ser reconhecidos pelo legislador político e que criam uma esfera privada protegida de intervenções arbitrárias do Estado e dos outros indivíduos. Tais direitos (vida, liberdade e propriedade) autorizam uma condução da vida em termos eminentemente individualistas, orientada pela lógica do mercado, enquanto o processo político de elaboração de leis resta constrangido pela manutenção dessa esfera privada excluída do debate público dos cidadãos. O Estado deve ser neutro em relação às concepções de vida boa professadas pelos indivíduos e grupos sociais. Na perspectiva republicana, por sua vez, são os cidadãos, enquanto autores de um processo de auto-constituição coletiva orientada pelo bem comum que se engajam em um processo deliberativo orientado pela autocompreensão “ética” de um povo. O processo deliberativo, por sua parte, se ampara em um contexto de valores compartilhados que representam a própria

identidade individual e coletiva da comunidade. As duas liberdades que Benjamin Constant designa como a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, respectivamente. Como refere Habermas, o risco implicado na perspectiva liberal é o paternalismo dos direitos sobre o processo democrático que restringe a deliberação democrática dos cidadãos. O risco da perspectiva republicana ou comunitarista, de outro lado, é a imposição autoritária de um modo de vida particular, a busca de pureza cultural, através da supressão de direitos individuais. Assim, paternalismo dos direitos e “ditadura da maioria” representam os riscos extremos dessas leituras parciais do direito, que alimentam uma relação de competição entre os dois fundamentos de legitimidade do direito. Desse modo,

*“liberal” traditions conceive human rights as the expression of moral self-determination, whereas “civic republicanism” tends to interpret popular sovereignty as the expression of ethical self-realization. From both perspectives, human rights and popular sovereignty do not so much mutually complement as compete with each other. (BFN, p. 100)*

Para Habermas, todavia, as duas únicas fontes de legitimação do direito moderno, após a derrocada dos pressupostos religiosos e metafísicos que animaram sua sustentação pré-moderna, são os direitos humanos e a soberania popular (BFN, p. 99). Daí que desde a perspectiva da teoria do discurso deve se alcançar uma reconstrução dessas fontes que permita compreender a pressuposição recíproca entre ambas.

De acordo com Habermas, “[n]othing is given prior to the citizen’s practice of self-determination other than the discourse principle, which is built into the conditions of communicative association in general, and the legal medium as such” (BFN, p. 127-8). Assim a reconstrução do sistema de direitos funda-se, por um lado, no princípio do discurso que decorre justamente daquelas condições de socialização comunicativa que os atores acedem intuitivamente (BFN, p. 128); e por outro, na forma do direito (ou forma jurídica) que, como tal, não admite justificação, mas decorre dos processos de aprendizagem decorrentes da evolução social como único mecanismo de integração nas condições pós-metafísicas das sociedades modernas (BFN, p. 154-6). Isso porque “[l]egal norms of this type [direito positivo] make possible highly artificial communities, associations of free and equal legal persons whose integration is based simultaneously on the threat of external sanctions and the supposition of a rationally motivated agreement”. (BFN, p. 8)

Assim, ao decidirem regular sua vida comum através dos meios do direito positivo (BFN, p. 125) os atores somente podem recorrer às formas comunicativas de coordenação da ação dadas pelo princípio do discurso e ao direito positivo, com suas características formais de atribuição de direito subjetivos, positividade e coercibilidade (BFN, p. 119). Segundo o princípio do discurso “[j]ust those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses” (BFN, p. 107). Para Habermas, o princípio do discurso é posto ainda de forma neutra em relação ao direito e à moral. Isso porque não estão definidos, ainda, os tipos de normas de ação (morais, éticas ou pragmáticas), o círculo dos afetados (um grupo ou comunidade ou o universo dos seres racionais) e os tipos de discurso orientados a resolução racional de pretensões de validade problemáticas. Com o princípio do discurso Habermas pretende explicitar o sentido da legitimidade de normas de ação que dependem de um acordo intersubjetivo entre possíveis afetados. No entanto, sua inespecificidade em relação a normas morais e normas jurídicas visa evitar a

compreensão dos direitos como estando em uma situação de subordinação à moral (BFN, p. 107; REHG, 1996). Para Habermas, direito e moral estão numa relação de complementação funcional, onde o direito compensa uma moral pós-convencional em suas fragilidades cognitivas, motivacionais e organizativas. Segundo o autor, “*Moral and legal prescriptions each have different reference groups and regulate different matters*” (BFN, 451, pós-escrito). Segundo Habermas (BFN, p. 114-8), uma moral pós-convencional, que não se encontra mais amparada pela religião ou por pressupostos metafísicos (como no direito natural racional) resta cognitivamente indeterminada, motivacionalmente incerta e incapaz de suportar por si mesma as necessidades de cooperação e organização necessárias ao atendimento das condições de implementação de fins coletivos em uma sociedade complexa. Vale explicar: em relação à indeterminação cognitiva da moral o direito alcança a segurança de decisões explícitas e coletivamente vinculantes, seja na fundamentação de normas (legislação), seja na sua aplicação (adjudicação); em relação à incerteza motivacional dos atores, ou seja, sua capacidade de orientar-se por normas morais, mesmo contra seus interesses imediatos, o direito empresta sua imposição sobre o comportamento externo, se necessário através da imposição forçada; por fim, às exigências organizativas decorrentes da implantação de objetivos coletivos como, por exemplo, o enfrentamento da miséria, o direito permite a construção e divisão de trabalho entre estruturas artificiais de ação como são as corporações e as agências estatais. Desse modo, o direito liga-se aos pressupostos de uma moral pós-convencional de modo funcional, vale dizer, compensando suas deficiências no plano da ação de modo sistêmico. É assim, que na sua imbricação com o direito o princípio do discurso que, como dito acima, é neutro em relação ao direito e à moral, se operacionaliza na forma de um princípio da democracia, segundo o qual “only those statutes may claim legitimacy that can meet with the assent (Zustimmung) of all citizens in a discursive process of legislation that in turn has been legally constituted” (BFN, p. 110). Essa interpenetração entre Princípio do discurso e forma do direito Habermas designa como a “gênese lógica” do sistema de direitos.

*One begins by applying the discourse principle to the general right to liberties a right constitutive for the legal form as such-and ends by legally institutionalizing the conditions for a discursive exercise of political autonomy. By means of this political autonomy, the private autonomy that was at first abstractly posited can retroactively assume an elaborated legal shape. Hence the principle of democracy can only appear as the heart of a system of rights. The logical genesis of these rights comprises a circular process in which the legal code, or legal form, and the mechanism for producing legitimate law-hence the democratic principle-are co-originally constituted. (BFN, p. 121-2).*

Assim, para chegar ao sistema dos direitos são necessários o conceito de forma jurídica (ou forma do direito) que permite a estabilização de expectativas de comportamento através da positivação e do recurso à sanção estatal, e o princípio do discurso através do qual a legitimidade do direito pode ser testada (REPA, 2010). Dessa reconstrução Habermas chega a cinco categorias de direitos (BFN, p. 122-3). As três primeiras, que decorrem diretamente da forma jurídica, são os “direitos básicos que resultam da elaboração politicamente autônoma”: da maior medida possível de iguais liberdades individuais; do status de membro de uma associação voluntária de parceiros do direito; e da acionabilidade dos direitos e da ampla proteção jurídica. Do princípio do discurso, por sua vez, decorrem os direitos de participação nos processos de formação da opinião e da vontade através dos quais os cidadãos

exercem sua autonomia pública na formação do sistema de direitos de modo legítimo. Essa quarta categoria é que operacionaliza, de forma reflexiva, a institucionalização dela própria e das categorias anteriores permitindo a interpretação e o desenvolvimento do direito. Por fim, Habermas apresenta uma quinta categoria de direitos, os direitos sociais e a um ambiente ecologicamente sustentável. Essa quinta categoria, no entanto, somente pode ser justificada de modo relativo, uma vez que não é uma decorrência da gênese lógica que articula de forma conceitual os direitos civis e políticos, ou seja, a autonomia privada e pública dos cidadãos. (BFN, p. 122-3). É justificada de forma relativa, ainda, em razão de sua posição possibilitadora do exercício das demais categorias de direitos.

Algumas qualificações são necessárias nesse ponto. Primeiro, o sistema dos direitos assim justificado não prejudica os direitos que os cidadãos devem atribuir-se reciprocamente no processo de constituição da comunidade jurídica. Somente através do exercício de sua autonomia pública podem chegar à interpretação e desenvolvimento do sistema dos direitos proposto pelo teórico de modo complementemente “insaturado”, vale dizer, carente da interpretação e que somente pode ser elaborado por comunidades jurídicas concretas, “aqui e agora”. Os clássicos direitos liberais são, portanto, interpretações históricas desse sistema de direitos (BFN, p. 125-6). Segundo, o caráter reflexivo do princípio do discurso, especificado na forma de um princípio da democracia também deve ser instituído juridicamente. O princípio da democracia, segundo Habermas, é o resultado da aplicação da forma jurídica ao princípio do discurso. Os próprios atores devem institucionalizar juridicamente os pressupostos de uma formação comunicativa da opinião e da vontade políticas (BFN, p. 126-7). Terceiro, por fim, os direitos de participação comungam com os direitos a iguais liberdades a peculiar forma de validade do direito, no sentido de que são condições asseguradoras de processos de formação discursiva da opinião e da vontade, mas não impõem aos atores a obrigação jurídica de agir comunicativamente, i. e., orientados pelo entendimento. Ou seja, os atores não podem ser obrigados a serem livres, para usar a famosa formulação de Rousseau. Mesmo assim, os pressupostos exigentes da legitimação discursiva do direito dependem da iniciativa de uma população acostumada à liberdade (BFN, p. 130). Isso porque o direito libera os atores para adotar duas posturas básicas em relação às normas jurídicas: a atitude objetivante do ator estratégico que vê no direito positivo apenas as restrições factuais que lhe permitem decidir seu curso de ação em razão das sanções prescritas, ou a atitude performativa do ator que avalia as normas desde a perspectiva de suas pretensões de validade, o que alberga a possibilidade de cumpri-las por respeito ao seu conteúdo normativo. Nas palavras de Habermas,

*Either they can consider legal norms merely as commands, in the sense of factual constraints on their personal scope for action, and take a strategic approach to the calculable consequences of possible rule violations; or they can take a performative attitude in which they view norms as valid precepts and comply 'out of respect for the law'. (BFN, p. 448, Postscript).*

Como decorrência dessa formulação, autonomia privada e autonomia pública se interpretam reciprocamente. A autonomia privada assegura a independência necessária à formação discursiva da opinião e da vontade na medida em que preserva um espaço de privacidade que funda a liberdade de arbítrio e a liberdade ética (a busca de uma concepção pessoal e coletiva do bem); a autonomia pública, por sua vez interpreta e reelabora o sistema de

direitos através dos procedimentos juridicamente estabelecidos diante de circunstâncias sociais cambiantes (SILVA, 2008). Para Felipe Gonçalves Silva: “Caso os cidadãos pretendam regular legitimamente suas vidas por meio do direito, a proteção da privacidade não pode ser produzida sem seu devido esclarecimento e convencimento públicos. E, igualmente, as decisões da vontade coletiva não podem suprimir a livre formação da vontade individual” (SILVA, 2008, p. 112). Segundo Habermas, atores que decidem regular suas interações e vida conjunta com as formas do direito positivo encontram a forma jurídica como o único meio a disposição para a condução do processo discursivo de legislação e, com isso, a atribuição recíproca de direitos subjetivos iguais, de sorte que não está à disposição dos atores a linguagem através da qual irão ativar o processo de legislação: “*They no longer have a choice about which language they might want to use. Rather, the legal code is given to legal subjects in advance as the only language in which they can express their autonomy*” (BFN, p. 126).

A justificação do sistema de direitos é apresentada do ponto vista horizontal, ou seja, qualquer grupo de indivíduos orientados à produção de uma comunidade jurídica nas condições pós-tradicionais de sociedades modernas secularizadas só dispõe do princípio do discurso e da forma jurídica para regular de forma legítima sua vida coletiva. Segundo Habermas:

Minha reconstrução do significado de uma ordem legal legítima inicia com a resolução original que qualquer grupo arbitrário de pessoas deve fazer se quer se constituir como uma comunidade jurídica de membros livres e iguais. Pretendendo regular legitimamente suas vidas através do direito positivo, eles entram em uma prática comum que os permite elaborar uma constituição [...] Assim essa prática depende de antemão de duas condições: do direito positivo como médium de regulações *vinculantes* e do princípio do discurso como fio condutor para deliberações e tomadas de decisões *razoáveis*” (Habermas, 1998, p. 405-6).

#### 4. A TRANSFORMAÇÃO DE PODER COMUNICATIVO EM PODER ADMINISTRATIVO

Por outro lado, o sistema de direitos pressupõe, conceitualmente, sua institucionalização na forma do Estado. Assim, o sistema dos direitos desde o início se vincula aos mecanismos institucionais e aos princípios de organização e funcionamento do Estado democrático de direito. Enquanto na reconstrução do sistema dos direitos importava a relação entre direito e moral, no sentido de evitar uma interpretação do direito tributária do platonismo que concebia o direito como subordinado a moral, cabendo ao legislador apenas “reconhecer”, no plano do direito positivo, direitos morais prévios. A reconstrução dos princípios do Estado democrático do direito, levada a cabo no capítulo IV de *Direito e Democracia*, implica na reconstrução da relação entre direito e política. A organização vertical dos cidadãos dentro de um Estado (BFN, p. 135). Em especial, se põe a questão: como processos de formação discursiva da opinião e da vontade operam no âmbito do estado programando-o?

*If the interpenetration of private and public autonomy brought about in the system of rights is to be rendered permanent, then the process of juridification must not limit itself to the liberty of private persons and the communicative freedom of citizens. It must extend immediately to that political power already presupposed with the medium of law, a power to which the making as well as the enforcing of law owe their binding character.* (BFN, p. 132).

A instituição dos direitos subjetivos, por seu turno, que como direitos positivos depen-

dem da ameaça de sanções e de sua imposição forçada, pressupõe o aparato sancionador do Estado; o direito ao status de membro de uma comunidade política, da mesma forma supõe uma autoridade central encarregada de proteger contra ameaças externas e garantir a ordem interna; os direitos de proteção legal dependem de um judiciário independente encarregado de tomar decisões vinculantes em caso de conflito; por fim, os direitos de comunicação e participação no processo de legislação compreende a existência de corporações legislativas e de um aparato administrativo encarregado de implementar os programas políticos deliberados (BFN, p. 133-4). Como refere Habermas,

*In short, the state becomes necessary as a sanctioning, organizing, and executive power because rights must be enforced, because the legal community has need of both a collective self-maintenance and an organized judiciary, and because political will-formation issues in programs that must be implemented. To be sure, these are not just functionally necessary supplements to the system of rights but implications already contained in rights. (BFN, p. 134).*

Desta forma, “Habermas propõe uma nova formulação dos princípios do Estado de Direito, na perspectiva da teoria do discurso” (ROCHA, 2008, p. 180). Segundo essa nova formulação são os tipos de discursos e suas correlatas formas de argumentação que estruturam uma divisão funcional de poderes que permite compreender a autodeterminação da comunidade jurídica como resultante de uma formação discursiva da vontade que, por sua vez, alimenta a pressuposição de que os resultados assim obtidos são aceitáveis racionalmente. O princípio da soberania popular deve organizar os processos de legislação que transcorrem através da deliberação em torno de questões morais, éticas e pragmáticas, e também negociações *fair*, em argumentações que, respectivamente, se orientam pelo igual interesse de todos, pela autocompreensão e realização do bem comum de uma determinada comunidade, pela adequação de meios a fins previamente dados, e pela composição de interesses através de procedimentos imparciais, procedimentos que, por sua vez, devem ser fundamentados através de discursos morais. Esse amplo leque de questões e formas de argumentação somente deve estar aberto em toda sua amplitude ao processo de legislação onde, em princípio, todos são participantes (BFN, p. 172).

O segundo princípio diz com a proteção jurídica garantida por um judiciário independente. Segundo Habermas, os discursos práticos se especializam em discursos de fundamentação de normas e discursos de aplicação de normas. Essa distinção fundamenta a separação de competências entre dois poderes de estado. Ao poder judiciário, portanto, correspondem os discursos de aplicação, uma vez que o judiciário dispõe do acesso ao poder administrativo a fim de implementar suas decisões. Lhe está vedado programar a sua própria atuação, de sorte a legitimidade das decisões judiciais se vincula ao direito preexistente e à obrigação de justificação perante uma esfera pública jurídica a mais ampliada possível (BFN, p. 172). Assim, o princípio do devido processo organiza uma produção de decisões que se encontram, novamente, ante uma tensão interna ao direito, agora no âmbito da jurisdição, a tensão entre segurança jurídica, ou coerência em relação à história institucional dos atos e decisões passados, e a aceitabilidade racional das decisões, ou sua dimensão de Justiça. Essa tensão, entre facticidade e validade, espelha, no âmbito da jurisdição, a tensão entre positividade e legitimidade que funda a própria forma de validade do direito. É nesse sentido, que o judiciário, quanto mais se envolve em decisões que “desenvolvem” o

sistema dos direitos, mais se onera com deveres de justificação perante uma esfera pública mais alargada. Justamente porque não lhe estão disponíveis todos os tipos de argumentos abertos ao legislador político. Para Habermas, “[q]uanto mais o judiciário tacitamente assume o papel de um legislador concorrente quando desenvolve o direito, mais resolutamente deve ser requisitado a justificar-se, não apenas diante de um público interno de *experts*, mas também *externamente* ante o fórum de cidadãos” (Habermas, 1998, p. 428).

Um terceiro princípio é o princípio da legalidade da Administração. A Administração, por excelência, deve implementar programas deliberados em outras esferas e para tanto dispõe do aparato coercitivo do Estado. Razão pela qual à administração, em princípio, somente é dado operar com argumentos de tipo pragmático, uma vez que sua programação deve decorrer, de novo, em princípio, de fins previamente postos pelo legislador político. Na medida em que se envolve com processos de “desenvolvimento” do direito, entretanto, deve se abrir à participação mais ampla dos cidadãos em procedimentos quase-legislativos ou quase-adjudicativos (BFN, 193). São exemplos dessa abertura os conselhos de cidadãos, as comissões paritárias e as audiências públicas. Em resumo,

*From this argumentation-theoretic perspective, the division of powers and responsibilities among authorities that respectively make, apply, and implement laws follows from the distribution of the possibilities for access to different sorts of reasons and to the corresponding forms of communication that determine how these reasons are dealt with. Political legislators alone enjoy unlimited access to normative, pragmatic, and empirical reasons, including those constituted through the results of fair compromises, though they have this access only within the framework of a democratic procedure designed for the justification of norms. The judiciary cannot make whatever use it likes of the reasons packaged in, and linked to, statutes; these same reasons play a different role when the courts, with an eye to the coherence of the legal system as a whole, employ them in a discourse of application aimed at decisions consistent over time. In contrast to the legislature and judiciary, finally, the administration is not permitted to deal with normative reasons in either a constructive or reconstructive manner. The norms fed into the administration bind the pursuit of collective goals to pre-given premises and keep administrative activity within the horizon of purposive rationality. They empower officials to select technologies and strategies only under the proviso that-in contrast to subjects of private law-they do not follow their own interests or preferences. (BFN, p. 192, grifei).*

Um quarto princípio é o da separação entre Estado e sociedade, tão caro ao modelo liberal. A riqueza e o poder social formado no seio da sociedade, ao mesmo tempo em que serve de condição possibilitadora da liberdade individual pode restringir a autonomia dos cidadãos (BFN, p. 175). Em especial quando favorecem o acesso privilegiado aos centros de decisão através dos mecanismos descritos pelas teorias neocorporativistas e sistêmicas do processo político.

Segundo Hanna Arendt, segundo a qual o poder surge entre os homens quando estes agem em conjunto, e desaparece quando estes se dispersam, Habermas propõe uma nova forma de compreender a circulação do poder em sociedades democráticas. Segundo Habermas, “[i]n contrast to Weber, who sees the fundamental phenomenon of power as the probability that in a social relationship one can assert one’s own will against opposition, Arendt views power as the potential of a common will formed in noncoercive communication.” (BFN, p. 147). Habermas concebe que as instâncias formais de deliberação dependem dos recursos de legitimação que transcorrem no seio de uma sociedade civil independente tanto

do mercado, como do poder administrativo. Essa esfera pública política informal que tem sua base nas redes de associações civis que, através de suas contribuições e informações, de suas propostas e questionamentos, na forma de um poder gerado comunicativamente, é capaz de dirigir os processos formais de deliberação **influenciando** a formação da opinião e da vontade política nas esferas formais do sistema político. Dessa forma, o exercício do poder administrativo aparece como poder derivado, gerado comunicativamente, assumindo as funções sancionadoras e organizativas pressupostas pelo sistema de direitos. Com isso se concebe uma divisão de trabalho entre o poder comunicativo e poder administrativo, apenas esse último capaz de implementar o sistema dos direitos em face de sua capacidade de agir (BFN, p. 149-50). É nesse contexto que o direito positivo moderno se apresenta como um “transformador” do poder generativo de normas de uma esfera pública independente em poder administrativo aparelhado com os meios da ação instrumental implementadora de normas e fins coletivos. Isso decorre, exatamente, da posição que ocupa o direito entre sistema e mundo da vida. Assim, diz Habermas, “*Law is two things at once: a system of knowledge and a system of action. It is equally possible to understand law as a text, composed of legal propositions and their interpretations, and to view it as an institution, that is, as a complex of normatively regulated action*” (BFN, p. 79). É essa característica da forma jurídica, já observada na TAC que agora aparece como o caminho a ser percorrido pela ação comunicativa para gerar “legitimidade através da legalidade”. É também o que torna o direito um mecanismo privilegiado de integração em sociedades pós-tradicionais complexas e plurais. Diz Habermas:

*This leads me to propose that we view law as the medium through which communicative power is translated into administrative power. For the transformation of communicative power into administrative has the character of an empowerment within the framework of statutory authorization. We can then interpret the idea of the constitutional state in general as the requirement that the administrative system, which is steered through the power code, be tied to the lawmaking communicative power and kept free of illegitimate interventions of social power (i.e., of the factual strength of privileged interests to assert themselves). (BFN, p. 150).*

## 5. CIRCULAÇÃO DO PODER: DO PODER COMUNICATIVO AO PODER ADMINISTRATIVO

Daí que a teoria proponha um fluxo de argumentação pública que seria capaz de transformar poder gerado comunicativamente em poder administrativo (políticas executadas pelo estado). Baseado em B Peters, Habermas (BFN, p. 356 e ss.) propõe o seguinte fluxo, que pode ser visualizado a partir de círculos concêntricos onde no centro estariam as instituições do sistema político formal (administração, tribunais, complexos parlamentares e seus complementos, sistema eleitoral, partidos competitivos, etc), logo em seguida, grupos de representação de interesses funcionais típicos das formas de negociação neocorporativas; na periferia, a esfera pública política informal formada por associações da sociedade civil, associações representativas de grupos de interesses, instituições culturais (academias, intelectuais, escritores, etc.), grupos de interesse público (ambientalistas, defensores dos animais, dos consumidores), igrejas e instituições de caridade, que formam uma rede de associações especializadas captar disfunções e reverberá-las a fim de exercer influência em uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa; por fim, a esfera privada dos cidadãos onde os problemas são experimentados, primeiramente.

Assim, o fluxo do poder comunicativo se inicia pela percepção de problemas necessitados de regulação no âmbito da vida privada dos indivíduos; esses problemas são captados, tematizados, condensados em opiniões públicas e dirigidos ao sistema político por uma sociedade civil capaz de perceber as disfunções experimentadas na esfera privada dos indivíduos e especializada em chamar a atenção para os problemas, mobilizando meios de comunicação de massas e exigindo a atuação do sistema político formal na forma de leis, sentenças e políticas públicas; vencidos os filtros ou comportas do sistema político formal e promovidas as regulações exigidas todo processo se reinicia sobre novas bases. Segundo esse esquema, ainda, o sistema político tem duas formas de tratamento de problemas, uma ordinária, normal e rotineira, onde domina a força de inércia do poder social representado pela Administração e pelo poder econômico, e uma forma extraordinária, quando o fluxo comunicacional proveniente da periferia chega a exercer **influência** sobre o sistema político formal e o modo rotineiro de funcionamento do sistema é rompido. Um exemplo claro é o processo constituinte brasileiro do final dos anos 80, quando uma sociedade civil altamente mobilizada e organizada em torno de problemas específicos (urbanistas, sanitaristas, indígenas, quilombolas, etc.) conseguiu **influenciar** a opinião pública em torno de diversos temas que restaram regulados pela Constituição de 1988.

A partir daí é possível abordar espaços concretos de deliberação e confrontá-los com o modelo ideal. Segundo Habermas,

*Discourse theory provides conceptual tools that allow us both to analyze the observable communication flows according to the different issues and to reconstruct them in terms of the corresponding forms of communication [...] the rational reconstruction of a given sequence of communication with discourse-theoretic means allows one to identify deviations that have their source in effects of social and administrative power that cannot be publicly advocated (BFN, p. 285).*

Um ponto que não pode deixar de ser constatado é que Habermas trabalha com uma idealização da situação de comunicação, o discurso. Segundo Coelho (2013) essa idealização tem duas funções: uma função cognitiva, pois pretende ser uma reconstrução (real, efetivamente operante) das condições da comunicação a partir da ideia intuitiva de que aqueles que entram em uma argumentação aceitam determinados pressupostos de forma necessária. Nas palavras de Habermas (2000, p. 140), “ninguém pode entrar seriamente em uma argumentação se não pressupõe uma situação conversacional que garanta em princípio a publicidade do acesso, a participação com igualdade de direitos, a veracidade dos participantes, a ausência de coação na hora de tomar postura, etc.”. E tem uma função avaliativa ou normativa (crítica), no sentido de que serve de critério de julgamento das argumentações realmente existentes. Nessa segunda função a idealização serve como uma ideia reguladora, pois os discursos reais sempre se afastarão, em alguma medida, do ideal, mas a idealização permite criticar os desvios mais graves (COELHO, 2013).

É desse modo, pela interdependência conceitual entre direitos humanos e soberania popular, pela justificação discursivas dos princípios do estado democrático de direito e pela compreensão dos fluxos comunicacionais que funcionam como condições possibilitadoras da transformação de poder comunicativo em poder administrativo, que conduz Habermas a concluir que em sociedades complexas, pluralistas e que já não podem contar com garantias religiosas e metafísicas, o processo democrático suporta toda a carga de legitimação do

direito (BFN, p. 450, Postscript).

A legitimidade do direito se alimenta, portanto, dos processos informais de comunicação que circulam na sociedade e, em última instância, provêm das vivências de pessoas socializadas comunicativamente e que não podem ser gerados artificialmente, quer pelo poder administrativo, quer pelo poder social estabelecido.

## 6. NOTAS

1. Tradução livre: “*a social order is always a factual order in so far as it is susceptible of scientific analysis but, as will be later maintained, it is one which cannot have stability without the effective functioning of certain normative elements*”.

2. Esse conceito decorre da análise pragmática da linguagem. A linguagem pode ser analisada a partir de três aspectos. A sintaxe, que estuda a relação entre signos; a semântica que estuda a relação da linguagem com os objetos de significação e, finalmente, a pragmática, que estuda o uso da linguagem entre falantes competentes. Na teoria dos atos de fala, que estuda as condições sob as quais falar é fazer, um ato de fala é composto por três elementos. Um elemento locucionário que se refere ao conteúdo da emissão, o que se diz; um elemento ilocucionário, que se relaciona a oferta de um vínculo através de uma emissão de um falante a um ouvinte, uma promessa, uma ordem, etc., um fazer dizendo algo; e o elemento perlocucionário que se refere aos efeitos intencionais da emissão sobre um ouvinte, ou causar um efeito mediante um fazer dizendo algo (TAC, I, p. 370-1).

3. Importa referir aqui que Habermas distingue, ainda, entre ação estratégica e ação instrumental. Há uma distinção entre estas duas formas de ação, grosso modo pode-se dizer que na primeira há interação, na segunda não. Ver: HABERMAS, Jürgen. *Lecciones sobre una Fundamentación de la Sociología en Términos de Teoría del Lenguaje*. In: *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos e estudios previos*. Catedra, Madrid, 1997.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ARATO, Andrew; ROSENFELD, Michel. *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Los Angeles: UCP, 1998.

BAXTER, Hugh. *Habermas: the discourse theory of law and democracy*. Stanford University Press. California: Stanford, 2011.

COELHO, André. Explicando “Direito e Democracia” (4B-I): A Tensão entre Facticidade e Validade no Interior da Linguagem. In: COELHO, André. *Filósofo Grego*. [S. l.]: 07 jul. 2014. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2014/07/explicando-direito-e-democracia-4b-i.html>.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDGAR, Andrew. *Habermas: The Key Concepts*. Routledge. New York: London, 2006.

GUNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação

jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã** 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, I e II**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la Ética Del Discurso**. Tradução de José Mardomingo. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. Tadução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **La Inclusión Del Otro: estudios de teoría política**. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Editorial Paidós, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R Kothe. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. **Habermas on Law and Democracy**. Berkeley - Los Angeles - London: UCP, 1998, p. 381-452.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el Liberalismo Político**. Barcelona: Paidos, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Um Perfil Filosófico-Político: entrevista com Jürgen Habermas. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 18, p. 77- 102, set. 1987.

McCARTHY, Thomas. **La Teoría Crítica de Jürgen Habermas**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

McCARTHY, Thomas. **Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue**. *Ethics*, v. 105, n. 1, p. 44-63, out. 1994.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz. Introdução: reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. *In*: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (org.). **Habermas e a Reconstrução**. Campinas: Papyrus, 2012.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

PARSONS, Talcott. **The Structure of Social Action**. Glencoe: free press, 1949.

PETERS, Bernhard. On Reconstructive Legal and Political Theory. *In*: DEFLEM, Mathieu (org.).

**Habermas, *Modernity and Law***. London: SAGE, 1996. p. 101-34.

REHG, William. Translator's Introduction. In: ***Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy***. Translated by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.

REPA, Luiz. A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema dos direitos fundamentais em Habermas. **Doispontos**, Curitiba, São Carlos, v. 7, n. 2, p. 141-156, out. 2010.

REPA, Luiz. Reconstrução da História da Teoria: observações sobre uma procedimento da Teoria da Ação Comunicativa. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (org.). **Habermas e a Reconstrução**. Campinas: Papirus, 2012. p. 43-64.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 173-97.

SILVA, Felipe Gonçalves. A Solidariedade entre Público e Privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-115.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. Malheiros. São Paulo, 2008.

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 18/08/2021